



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

THIAGO ANDERSON ZAGATTO

**A PRESCRIÇÃO DAS SANÇÕES DA LEI 8.666/1993:
Controvérsias entre Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de
Contas da União**

Brasília – DF

2016

THIAGO ANDERSON ZAGATTO

**A PRESCRIÇÃO DAS SANÇÕES DA LEI 8.666/1993:
Controvérsias entre Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de
Contas da União**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade de Brasília, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Thiago Luis Santos
Sombra

Brasília – DF

2016

Zagatto, Thiago Anderson.

A prescrição das sanções da Lei 8.666/1993: Controvérsias entre
Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas da União/

Thiago Anderson Zagatto. – Brasília, 2016. 71 f.

Monografia (bacharelado) – Universidade de Brasília, Faculdade de
Direito, 2016.

Orientador: Prof. M. Thiago Luis Santos Sombra, Faculdade de Direito.

1. Sanção, 2. Prescrição, 3. Lei 8.666/1993, 4. Tribunal de
Contas da União, 5. Jurisprudência, 6. Prazo

THIAGO ANDERSON ZAGATTO

**A PRESCRIÇÃO DAS SANÇÕES DA LEI 8.666/1993:
Controvérsias entre Superior Tribunal de Justiça e Tribunal
de Contas da União**

A Comissão Examinadora, abaixo identificada, aprova o Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade de Brasília do aluno

Thiago Anderson Zagatto

Mestre, Thiago Luis Santos Sombra
Professor-Orientador

Doutor, Lucas Rocha Furtado,
Professor-Examinador

Doutor, Mamede Said Maia Filho
Professor-Examinador

Doutora Ana Cláudia Farranha
Professora-Examinadora Suplente

Brasília, 18 de novembro de 2016.

Aos meus filhos Henrique e Amanda, fontes diárias de alegria, e à minha amada esposa Fabiane.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, professor Thiago Luís Santos Sombra, pelo tempo dedicado ao acompanhamento deste trabalho. Agradeço os conhecimentos compartilhados, e registro meus elogios pela elevada competência técnica, pela atualidade e pelo espírito empreendedor.

Agradeço à Universidade de Brasília e à sociedade brasileira, por me proporcionarem um curso de ensino superior gratuito de grande qualidade.

Agradeço à minha esposa, Fabiane, parceira de todos os momentos, pelas discussões, críticas e apoio direto à realização deste trabalho. Agradeço ainda pela incansável dedicação aos nossos filhos, pois somente assim foi possível concluir este curso.

RESUMO

As sanções previstas na Lei 8.666/1993, como espécies das sanções administrativas, simbolizam fundamentalmente a exteriorização do poder exorbitante da Administração nos contratos administrativos. Apesar de a Lei prever os tipos sancionatórios, não delimita os prazos máximos de que dispõe a administração para exercer esse poder-dever. Daí exsurge a relevância da problemática trazida ao presente trabalho – tema que atinge frontalmente o direito fundamental da segurança jurídica e a estabilização das relações, condições sem as quais a sociedade não se suporta.

Diante da lacuna normativa, o trabalho identificou duas teses jurisprudenciais relevantes para a fixação do prazo prescricional: a do Tribunal de Contas da União (dez anos, aplicando o art. 205 do Código Civil); e a do Superior Tribunal de Justiça (cinco anos, por analogia com outras normas do direito público).

A par das críticas formuladas em relação à subsunção da questão ao art. 205 do Código Civil (posição do TCU), este estudo preocupa-se com a falta de posição uníssona do Estado e com os prejuízos gerados a partir dessa divergência.

Palavras-chave: Sanção, Prescrição, Lei 8.666/1993, Tribunal de Contas da União, Jurisprudência, Prazo.

ABSTRACT

The sanctions described in Law 8,666 of 1993 (Brazilian Statute of Public Biddings and Contracts), as species of public sanctions, essentially symbolize the externalization of Administration's exorbitant power in public contracts. Although the Law provides sanctioning types, does not define a limitation period to the administration to exercise that power-duty. This is highlight of the issues brought to this work - a theme that deeply hits the fundamental right of legal security and the stabilization of relations, without which society can not stand.

Given the regulatory gap, this monograph identified two relevant understandings regarding the duration of the limitation period: the one of the Federal Court of Accounts – Brazil (TCU) (ten years, following the Civil Code, art. 205); and the position adopted by the Superior Court of Justice (five years, by analogy with other laws of the Public Law).

Above the critics at the Civil Code, art. 205, adoption (TCU position), this study is concerned about the lack of unisonous position of the State and the losses generated from that divergence.

Key-Words: Sanction, Limitation Period, Law 8.666 of 1993, Federal Court of Accounts – Brazil (TCU), Jurisprudence, Period

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 As Sanções da Lei 8.666/1993:.....	12
1.1 Natureza Jurídica:.....	12
1.2 As Sanções da Lei 8.666/1993 em espécie:.....	15
1.3 O problema da discricionariedade nas sanções:	17
2 Da prescrição:	19
2.1 Conceito e Fundamentos da Prescrição:	19
2.2 Prescrição e Decadência	20
2.3 Da prescrição administrativa:.....	23
2.3.1 Contingenciamento da Prescrição Administrativa:.....	24
2.3.2 A prescrição das Sanções da Lei 8.666/1993 segundo doutrina e órgãos especializados:	29
3 A Divergência Jurisprudencial – STJ x TCU:.....	36
3.1 Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário.....	37
3.1.1 Imprescritibilidade do exercício do poder-dever de sanção do Tribunal, assentado no art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal;.....	37
3.1.2 Aplicação do prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil.	40
3.1.3 Aplicação do prazo de cinco anos, por analogia a outras normas do direito público.	42
3.1.4 Posicionamento Vigente quanto à prescrição da pretensão punitiva no âmbito do TCU:	48
3.2 Posição do Superior Tribunal de Justiça:.....	48
3.3 A divergência jurisprudencial e seus efeitos:	53
3.3.1 Efeitos práticos da divergência jurisprudencial:	58

3.3.2 A data de origem:.....	60
3.3.3 Eventos não abrangidos pela prescrição das sanções da Lei 8.666/1993: 61	
CONCLUSÕES.....	64

INTRODUÇÃO

As falhas cometidas por particulares na execução de contratos administrativos são puníveis principalmente com as sanções previstas na Lei 8.666/1993. Diferentemente das relações privadas, em que os inadimplementos das regras contratuais têm as respectivas repercussões previstas em contrato, nas contratações públicas os desdobramentos das irregularidades cometidas pelo contratado dão azo ao poder-dever do administrador de aplicar as sanções previstas na Lei 8.666/1993, de forma direta, sem recorrer ao judiciário.

Tais sanções assemelham-se às penais quanto às suas finalidades, (retribuição e prevenção)¹. O descumprimento contratual é tratado como ilícito administrativo, do qual decorre uma sanção administrativa.

Trata-se de manifestação do poder exorbitante da administração frente ao particular, em vista da supremacia do interesse público². Contudo, a Lei não fixa um prazo de prescrição para aplicação das sanções que define, mantendo indefinida a situação jurídica dos contratados após a finalização dos contratos administrativos.

Segundo a regra do art. 37, §5º, da Constituição Federal, lei formal deve prever prazos prescricionais para as pretensões punitivas, excepcionalizando-se apenas as ações de ressarcimento ao erário, que são imprescritíveis. Não obstante a Lei de Improbidade Administrativa ter regulamentado o aludido preceito constitucional, a Lei 8.666/1993 é omissa quanto aos prazos para o exercício da pretensão de imposição de sanções.

Restou aos tribunais de contas e ao Poder Judiciário fixar, no caso concreto, o prazo de prescrição aplicável. Nesse sentido, o presente trabalho pretende apresentar as posições jurisprudenciais sobre o tema e debater os principais argumentos apresentados para a defesa de cada uma delas.

¹ O Brasil adota a teoria mista, segundo a qual as sanções têm natureza retributiva e preventiva. Segundo MIR PUIG, 1994, p. 56: "Entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo complexo fenômeno que é a pena".

² Infelizmente, práticas administrativas têm-se revestido do argumento do interesse público, mas na realidade ocultam a ineficiência da administração ou no máximo o interesse público patrimonial do órgão (interesse público secundário).

Para cumprir tal objetivo, o trabalho está estruturado em três capítulos. No primeiro são apresentadas as sanções contratuais, incluindo a sua natureza jurídica, contextualização no direito administrativo e as suas espécies.

No capítulo 2, aborda-se os fundamentos e características da prescrição, e, especificamente, da prescrição administrativa. E, ao fim do capítulo, são apresentados os principais entendimentos doutrinários quanto à prescrição da pretensão punitiva da administração.

O terceiro e último capítulo é dedicado à análise crítica dos julgados mais relevantes e recentes que trataram da matéria, com enfoque específico em acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

1 AS SANÇÕES DA LEI 8.666/1993:

1.1 Natureza Jurídica:

A correta compreensão da natureza jurídica das sanções previstas na Lei 8.666/1993 demanda prévia fixação do contexto em que tais modalidades de punição estão inseridas. Num primeiro passo, adianta-se: são espécies de sanções administrativas. Por consequência, regidas essencialmente pelo direito administrativo.

Com efeito, nem todas as relações de que participa a Administração Pública são rotuladas pelo direito administrativo. Consabido que quando a administração atua, por exemplo, em sociedades de economia mista, na exploração de atividade econômica, ou quando participa de parcerias público-privadas, alinhando-se mais ao mercado, acaba cedendo espaços ao direito privado.

Quando se fala de sanções administrativas, no entanto, retoma-se o caráter mais basilar desse ramo do direito, revelado pela sua supremacia nas relações jurídicas, pela submissão do particular à potestade da Administração Pública, que em nome da defesa do interesse público, passa a ter diversas prerrogativas e possibilidades de intervenção nos direitos individuais. As sanções de Direito Administrativo projetam especiais manifestações desse ramo jurídico (OSÓRIO, 2016, p.73).

SUAY RINCÓN define sanção administrativa como qualquer mal infligido pela administração a um administrado como consequência de uma conduta ilegal, resultante de um processo administrativo e com uma finalidade puramente repressora (*apud* OSÓRIO, 2016, p.73).

Contudo, OSÓRIO critica o importe desse conceito ao sistema brasileiro sem que se façam as devidas adaptações. A principal delas, na visão do autor, é reconhecer que no modelo adotado na Europa continental, por influência do sistema francês, existe jurisdição ou justiça administrativa. Lides envolvendo a Administração Pública são solucionadas em foros distintos das causas comuns. Assim defende a

busca de caminho próprio para a definição das sanções administrativas no contexto brasileiro.

Nesse sentido, conceitua sanção administrativa como:

[...] um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública materialmente considerada, pelo judiciário ou por corporação de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do direito administrativo (OSÓRIO, 2016, p.106).

A sanção administrativa aproxima-se da sanção penal quanto à finalidade. Ambas impõem castigos, com efeitos aflitivos, com a finalidade de retribuir e prevenir ilícitos. Por assimilação com as sanções penais, também devem ser regidas pelos seguintes princípios: legalidade, especificação, proporcionalidade, culpabilidade, personalismo da sanção, respeito às garantias na aplicação das sanções (JUSTEN FILHO, 2016, p. 1344-1346).

Essas são as características das sanções previstas na Lei 8.666/1993, ressaltando-se apenas que o diploma legal rege relações contratuais em que embora não se afastem as potestades da administração (pelo contrário, existem em excesso), não existe poder de polícia *stricto sensu*, nem se está a tratar de relação tributária.

O Estado, no seu dever de prestar diversos serviços públicos, (educação, saúde, segurança, moradia, lazer etc.) precisa contratar particulares para o fornecimento de produtos e serviços. Precisa comprar medicamentos para fornecer aos cidadãos, prover redes de saneamento, pavimentar rodovias, construir usinas produtoras de energia etc. E o Estado não possui capacidade técnica e de pessoal para a execução direta de tais tarefas, precisando recorrer ao mercado.

Nesse sentido, a Lei 8.666/1993, amplamente conhecida como Lei ou Estatuto das Licitações e Contratos, constitui-se como verdadeiro regimento das contratações públicas, a regular a relação entre a Administração Pública e os

particulares na execução das atividades necessárias à prestação dos serviços públicos³.

As contratações privadas primam pela liberdade negocial em diversos aspectos: na escolha de quem contratar, na definição das cláusulas contratuais de execução, medição, pagamento, multa, condições de rescisão, entre outros. Ao contrário, nas contratações públicas, como corolário do direito administrativo, vige o princípio da legalidade.

A Lei 8.666/1993 é, portanto, a lei que fundamenta os comportamentos adotados pelos gestores nas contratações públicas, inclusive no que se refere às sanções. Nesse sentido, o administrador pode até prever critérios para a aplicação das sanções previstas na Lei 8.666/1993 em edital específico, pode e deve detalhar as hipóteses de incidência de cada sanção; porém nunca poderá inovar, criando nova sanção além das taxativamente previstas no estatuto das licitações e contratos.

As sanções da Lei de Licitações e Contratos fazem parte das chamadas cláusulas exorbitantes, atributos dos contratos administrativos. A administração pode aplicar diretamente tais sanções contratuais sem a necessidade de atuação do judiciário. Não se está a dizer que a questão não poderá ser levada ao judiciário, como na França. O que ocorre é que diferentemente dos contratos privados, em que o poder sancionador estatal manifesta-se apenas após a decisão do Poder Judiciário, num contrato administrativo as sanções podem ser diretamente aplicadas pela administração contratante, com efeitos imediatos.

A administração pode, por exemplo, aplicar multa, que se não for paga em prazo fixado será descontada da garantia; suspender a empresa de participar de licitação por prazo determinado; declarar a inidoneidade da empresa para participar de futuros certames, tudo isso sem a necessidade de intervenção do judiciário.

³ É verdade que nas últimas décadas foram criadas novas modalidades de licitações em diferentes normativos, a exemplo da Lei 10.520/2002, que instituiu o Pregão, e a Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. Porém, mesmo nesses casos, as relações contratuais ainda são remetidas à Lei 8.666/1993, inclusive no que tange às sanções contratuais.

1.2 As Sanções da Lei 8.666/1993 em espécie:

A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, reserva ao tema o Capítulo IV - Das sanções administrativas e da tutela judicial. Nos artigos 86 a 88 (Seção II) estão dispostas especificamente as sanções administrativas.

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis..

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Vide art 109 inciso III)

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

- II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
- III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

A princípio, cumpre diferenciar a multa moratória prevista no art. 86 das sanções disciplinadas no art. 87. A primeira tem por objetivo prevenir e punir o **atraso no adimplemento da obrigação**. O descumprimento do prazo previamente estabelecido impõe ao inadimplente o ônus da demora. No art. 52, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, consta, por exemplo, que “as multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação”.

O §1º do art. 86 alerta que a multa de mora não impede a rescisão unilateral do contrato e a aplicação de outras sanções previstas na própria Lei 8.666, de 1993. Nesse sentido, o art. 78, III, IV e V estabelecem que a mora na execução pode ensejar a rescisão unilateral pela administração.

As sanções previstas no art. 87 objetivam, por outro lado, a punição decorrente do próprio inadimplemento, ou, nos termos do *caput* do artigo, “inexecução total ou parcial” do contrato. Objetivam impor efeito aflitivo, repressor, pelo inadimplemento, incorporando também a prevenção contra abusos de particulares.

Segundo PEREIRA JÚNIOR, no caso do art. 86, a multa possui natureza moratória, ou seja, vinculada ao atraso no cumprimento de obrigação. Já na hipótese do art. 87, a multa possuiria natureza penal, uma vez que aplicável quando do inadimplemento do contratado (2002. p. 86).

A aplicação de qualquer sanção depende de prévia previsão em contrato e no edital da licitação. Os critérios, condições e prazos de tolerância para o atraso devem ser previamente conhecidos pelos potenciais contratados, sob pena de violação da segurança jurídica, dos princípios da vinculação ao instrumento contratual e até mesmo da boa-fé objetiva, que deve permear todos os contratos, inclusive os administrativos.

Da exegese do § 2º do art. 87, verifica-se que a multa prevista no inciso II pode ser acumulada com as demais sanções, previstas nos incisos I, III e IV. Desse modo, conquanto não haja maior detalhamento da questão na Lei 8.666, de 1993,

entende-se que a rigor será possível aplicar as seguintes combinações de sanções, segundo os incisos do art. 87: I e II, III e II, IV e II. Não se permite, contudo, outras formas de acumulação, como, por exemplo: I e III, I e IV, e III e IV.

1.3 O problema da discricionariedade nas sanções:

Conquanto a Lei 8.666/1993 estabeleça penas em caráter gradativo, as quais devem ser aplicadas, respectivamente, de acordo com a gravidade dos ilícitos cometidos, não há definição completa dos pressupostos à aplicação de cada uma delas. É sabido que a aplicação das sanções é um poder-dever, isto é, não há espaço para o administrador escolher pela aplicação ou não da sanção. A posição de JUSTEN FILHO (2016, p. 1.363) é a de que “a Lei não pode remeter à administração a faculdade e escolher quando e como aplicar cada sanção prevista no art. 87, pois isso ofenderia o princípio da legalidade”. Assim, considera impossível aplicar quaisquer das sanções previstas no regramento sem que as razões motivadoras sejam previamente explicitadas.

Conquanto não seja o objetivo desse trabalho debater de maneira minudente a falta de tipicidade das condutas que dão origem às sanções na Lei 8.666/1993, é necessário reconhecer a importância da preocupação do ilustre administrativista. No mesmo sentido, OSÓRIO expõe a necessidade de que o direito administrativo observe o respeito ao princípio da tipicidade, formal e material, embora em menor nível que o direito penal. Para que não seja possível que o legislador outorgue, de forma total e completa a competência tipificante à autoridade administrativa. No entanto, reconhece que os tipos administrativos são mais elásticos que os penais, fruto da dinâmica do próprio direito administrativo, da velocidade dos acontecimentos e das transformações sociais, econômicas e culturais (2016, p.228). Nesse sentido, no direito administrativo, as delegações são encaradas com maior naturalidade. Na punição dos ilícitos administrativos a administração “age dentro das chamadas normas elásticas, flexíveis ou plásticas” (CRETELLA JUNIOR, 2006, p. 398).

Tanto é verdade que a competência para editar normas de direito penal é reservada exclusivamente à União enquanto as sanções administrativas podem ser

concebidas por qualquer ente estatal. Na mesma linha, tipos penais não podem ser veiculados em Medidas Provisórias, ao passo que os administrativos o podem.

Em perspectiva prática, entende-se que a Administração Pública pode, através de ato regulamentar ou mesmo no edital de licitação, precisar os pressupostos da sanção, evitando-se a prática de arbitrariedades. Conquanto sob o prisma do respeito dos direitos individuais, num cenário ideal, todas as tipificações devessem passar pelo crivo do legislador, tal se mostra impraticável. Primeiro porque uma lei que se arvorasse a delimitar condutas contratuais compatíveis com sanções certamente teria prazo de validade demarcado.

Muito provavelmente resultaria em normativo prolixo, confuso, extremamente analítico, e, como dito, anacrônico. Imagine-se, para ilustrar, que o mesmo normativo tentasse fixar condutas e sanções para ilícitos praticados em contratações de tecnologia da informação, obras, compras de medicamentos, contratações de serviços terceirizados, parcerias público-privadas, locação com opção de compra (*built-to-suit*). Seriam páginas e páginas de contradições, desatualizações e lacunas.

Nesse sentido, é mais razoável que os órgãos, mediante instruções normativas, portarias, ou nos próprios editais, aperfeiçoem as regras sancionatórias, tornando-as aplicáveis aos respectivos contextos. Abre-se certa discricionariedade ao gestor, de fato, o que não se pode confundir com arbitrariedade. Na verdade, são opostos. A discricionariedade é permeada de justificativas – pode-se discordar delas, mas elas existem e são construídas numa base lógica e racional. A arbitrariedade não se vinculada a nada, não se preocupa em se justificar.

Entende-se que respeitados os limites dispostos na Lei 8.666/1993, não se criando ou desvirtuando as hipóteses de sanções ali previstas, e pautando-se pelo interesse público primário, legítimo, que observa e se coaduna com os direitos fundamentais dos contratados, a administração é capaz de detalhar com maior eficiência as condições específicas para a aplicação das sanções contratuais no seu contexto.

Ademais, concorda-se com MOTTA no sentido de que “o poder de sancionar tem de ser exercido na exata medida da falta ou ilícito cometido pela empresa e jamais direcionado no sentido de inviabilizar a atividade econômica produtiva da pessoa jurídica” (2011, p. 786).

A recente Lei das Estatais – Lei 13.303, de 30 de junho de 2006, também prevê sanções aos contratos administrativos firmados pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias. Tal previsão consta nos arts. 83 e 84. Conquanto referida lei seja salutar na busca pela redução das potestades da administração nos contratos que rege; importa notar que ela não cuidou em maiores detalhes das definições das condutas que dão ensejo as sanções. Igualando-se, pela omissão, à Lei 8.666/1993, quanto à correta tipificação das condutas.

2 DA PRESCRIÇÃO:

2.1 Conceito e Fundamentos da Prescrição:

Aplicável em todos os ramos do direito, a prescrição tem por objetivo a estabilização das relações jurídicas, deve operar como um limite, uma sujeição temporal dos atos praticados, tanto civis, quanto penais ou administrativos. É resultado da ação do tempo, que acaba sobrepondo-se às irregularidades havidas, transformando-se em verdadeiro obstáculo para que delas se obtenha as respectivas sanções. Necessária, para a estabilização das condutas sociais, deseternizando discussões de direitos que já se tenham consolidado no tempo.

MONTEIRO (1976 *apud* Nassar, 2006, p.1-2) ensina que não fosse a prescrição, o adquirente seria obrigado a examinar não só o título de domínio do vendedor, como os de todos os antecessores, através dos séculos, sem limite de tempo. Qualquer falha que se encontrasse na série de transmissões seria suficiente para comprometer as alienações subsequentes. Tal investigação, além de impraticável, em razão da deficiência dos arquivos e registros, entravaria irremediavelmente o comércio jurídico, tolhendo a realização de quase todos os negócios.

Há um potencial evolutivo em todos os seres humanos, o tempo há de trazer sabedoria, experiência, arrependimentos, evolução ao homem, que é um ser essencialmente inteligente. Nesse sentido, a prescrição justifica-se no campo filosófico (OSÓRIO, 2016, p. 458).

DI PIETRO (2012, p. 91) enumera algumas situações em que os princípios da Segurança Jurídica, da Boa-Fé e Proteção à Confiança podem ser invocados: a) manutenção de atos administrativos inválidos, b) manutenção de atos praticados por funcionário de fato, c) fixação de prazo para anulação, d) na regulação dos efeitos já produzidos pelo ato ilegal, e e) na regulação dos efeitos da súmula vinculante. Note-se que em todas as situações existe uma constatação posterior à prática de determinado ato, que o considera ilegal, ou mesmo inexistente, mas que em respeito à segurança jurídica, à boa-fé e à proteção à confiança, é fixada uma regra que na prática os convalida.

Nessa mesma linha, a fixação de prazo prescricional para a aplicação de sanções em contratos administrativos deve respeitar um limite temporal que funcione como um estabilizador das relações, como uma barreira a impedir que a todo o momento se possa rediscutir práticas passadas, gerando cenário de incerteza e “medos” tanto nos contratados quanto nos servidores públicos que possuem o poder-dever de aplicar as sanções.

O tempo é um fato jurídico a ser considerado. O justo aqui e agora muito provavelmente não o será daqui a dez anos. A prescrição é sobretudo o direito do inocente de não ter que provar a todo o momento a sua inocência.

Dentre os fundamentos da prescrição estão a paz social, a estabilidade das relações jurídicas e o reconhecimento do direito fundamental à segurança jurídica. A sociedade não conseguiria conviver com a eterna instabilidade das relações. Assim, a existência da prescrição é justificada pela vontade da comunidade de fazer com que o tempo estabilize situações consolidadas, protegendo o devedor, punindo a inércia do credor e evitando a proliferação infinita de controvérsias intermináveis.

Conforme CANOTILHO:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito (1007, P. 257).

2.2 Prescrição e Decadência

Prescrição e Decadência são institutos distintos, com efeitos práticos similares. A decadência está relacionada com o direito potestativo - “poderes” conferidos pela lei a determinadas pessoas, de “influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade dessas” (CHIOVENDA, 2000, P. 41-42). Trata-se de um estado de sujeição imposto a alguém a partir do exercício do direito de outro. Dispensa o concurso da vontade do sujeito passivo, ou qualquer atitude dele.

A decadência envolve a “extinção não da força do direito subjetivo (*actio*), isto é, da pretensão, mas do próprio direito em sua substância, o qual, pela lei ou pela convenção, nasceu com um prazo certo de eficácia”. Configurada a decadência, afasta-se o próprio direito invocado pelo autor (THEODORO JUNIOR, 2015, p.1325).

Já a prescrição é a perda da possibilidade de exercer uma pretensão de tutela de determinado direito. Vale dizer, o sujeito continua a manter o seu direito, mas não pode mais pedi-lo em juízo. Segundo DIDIER JR:

a prescrição é o encobrimento [...] da eficácia de determinada pretensão (perda do poder de efetivar o direito a uma prestação), por não ter sido exercitada no prazo legal) . [...] não conduz à perda de direitos, faculdades ou poderes (materiais ou processuais), [...] mas à neutralização da pretensão. (2008, p. 280)

A doutrina não é unânime entre os critérios de diferenciação entre um e outro. VENOSA defende como critério mais seguro de diferenciação aquele que considera a origem da ação. Se a origem da ação coincidir com a do direito, configura-se decadência. Caso contrário, se a ação decorrer da violação de um direito, ter-se-á prescrição (2010, p.569).

Sob outra perspectiva, a diferença entre os institutos pode ser baseada na eficácia das ações - condenatórias, constitutivas ou declaratórias⁴.

Tendo em vista que a ação condenatória é a empregada quando se pretende impor a prestação ao demandado, ela estaria sujeita à **prescrição**. Por outro lado, as ações constitutivas buscam constituir situação jurídica nova e não necessariamente reclamar a reparação de qualquer direito violado. Aplicar-se-ia a

⁴ Os três grupos de ações, segundo a classificação de CHIOVENDA, 2000, P.41.

elas, portanto, a **decadência**. E as ações declaratórias seriam imprescritíveis, mas apenas “enquanto não se extinguir, por prescrição ou decadência, o direito que com elas se queira justificar a tutela jurisdicional” (THEODORO JUNIOR, 2015, P. 1327).

Duas diferenças importantes se apresentavam na prática:

- a) em regra a decadência pode ser alegada por qualquer uma das partes, pelo ministério público e até mesmo pelo juiz (conforme art. 210 do Código Civil, de 2002); a prescrição, ao contrário, precisava ser arguida pela parte. Entretanto, a regra foi afastada pela Lei 11.280/2006, que fixou: “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”. Condição mantida pelo Novo Código de Processo Civil, art. 487, II. Portanto, não existe mais diferenciação nesse sentido.
- b) O prazo decadencial é contínuo, não havendo interrupção ou suspensão, enquanto a prescrição pode ser interrompida ou suspensa nos casos legalmente especificados.

Assim, a diferenciação prevista na alínea “a” acima não subsiste.

Em consonância com os critérios de diferenciação até aqui expostos, parece claro que as sanções administrativas estariam de fato sujeitas à prescrição e não a decadência. Elas decorrem da violação de um direito, de uma regra contratual, das quais decorre uma ação condenatória⁵.

Contudo, partindo-se de outros enfoques, a categorização não se mostra tão óbvia. Por exemplo, é sabido que a prescrição em geral admite renúncia (art. 191 do Código Civil), o que é incompatível com as sanções administrativas, porquanto conflitante com o interesse público. Por esse critério, a prescrição administrativa seria no mínimo um tipo de “prescrição excepcional”, que não observa a regra do art. 191.

Conquanto se concorde que o conceito mais correto a ser utilizado para o esgotamento do prazo para a aplicação das sanções da Lei 8.666/1993 seja de fato o da **prescrição**, não se ignora que alguns administrativistas possam tecer críticas ao uso desse conceito, argumentando se tratar em verdade de decadência.

⁵ O conceito de “ação” aqui considerado não se restringe à ação judicial.

Tal precisão terminológica não é objeto de estudo nesse trabalho, sendo suficiente advertir ao leitor que a perda do direito de a administração sancionar o contratado pelo decurso de tempo será aqui considerada “prescrição”.

2.3 Da prescrição administrativa:

A Constituição Federal de 1988 prevê, no seu art. 37, §5º: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Diversos normativos do direito público estabelecem prazos prescricionais para as matérias que regulam:

- c) Decreto-Lei 20.910/1932: prazo prescricional de cinco anos contra a fazenda pública;
- d) Código Tributário Nacional: arts. 173 e 174, respectivamente, prazo decadencial de cinco anos para a constituição do crédito tributário, e prescricional de cinco anos para a cobrança do crédito tributário;
- e) Lei 8.884/1994: prescrevem em cinco anos as infrações contra a ordem econômica;
- f) Lei 9.784/1999: prazo decadencial de cinco anos para a administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários;
- g) Lei 8.429/1992: a prescrição dos atos de improbidade administrativa ocorre em cinco anos, no máximo;
- h) Lei 9.873/1999: prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal no exercício do poder de polícia.
- i) Decreto-Lei 3.365/1941: fixa o prazo de cinco anos para a desapropriação por utilidade pública;
- j) Lei 9.494/1997: fixa o prazo de cinco anos para a propositura de ação objetivando indenização por danos causados na prestação de serviços públicos;

- k) Lei 9.636/1998: Art. 47: O crédito originado de receita patrimonial será submetido aos seguintes prazos: I - decadencial de dez anos para sua constituição, mediante lançamento; e II - prescricional de cinco anos para sua exigência, contados do lançamento;
- l) Lei 6.838/1980: prevê o prazo de cinco anos para a punição de infrações disciplinares de profissionais liberais (estatuto da OAB);
- m) Lei 8.112/1990: (regime jurídico dos servidores civis da União) fixa a prescrição máxima em cinco anos para as sanções disciplinares.
- n) Lei 13.303/2016: Lei das Estatais – prescreve em seis anos a ação contra o controlador da sociedade, por abuso de poder.
- o) Lei 12.846/2013 (Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.) – Fixa em cinco anos o prazo para a prescrição para a punição das infrações estipuladas na Lei.

Como se pode observar, a imensa maioria dos prazos prescricionais atinentes ao regime jurídico administrativo é de **cinco anos**. A Lei das Estatais, por sua vez (art. 15, §§ 1º e 2º) fixa o prazo prescricional de seis anos para proposição de ação contra o acionista controlador por atos praticados com abuso de poder.

Art. 15. O acionista controlador da empresa pública e da sociedade de economia mista responderá pelos atos praticados com abuso de poder, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

§ 1º A ação de reparação poderá ser proposta pela sociedade, nos termos do art. 246 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, pelo terceiro prejudicado ou pelos demais sócios, independentemente de autorização da assembleia-geral de acionistas.

§ 2º Prescreve em 6 (seis) anos, contados da data da prática do ato abusivo, a ação a que se refere o § 1º.

Em nenhuma norma de direito público foi identificado prazo prescricional de dez anos, tal como a regra do art. 205, CC.

2.3.1 Contingenciamento da Prescrição Administrativa:

Diferentemente da prescrição civil, a prescrição administrativa é contingenciada por pelo menos dois princípios basilares da Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Na administração, os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador e nem ele pode fazer senão aquilo que estiver previsto em Lei.

Em vista da falta de precisão do termo “interesse público”, e mais, do que poderia estar abrigado no termo, sobretudo quando tal interesse parece colidir com direitos fundamentais, de assento constitucional, a doutrina vem se esforçando em diferenciar o interesse público da coletividade do interesse patrimonial do Estado.

Hodiernamente, o interesse público - primário ou da coletividade - é tido como um princípio umbilicalmente ligado à observância dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. A própria legitimação do Estado dá-se a partir dos direitos fundamentais e não o contrário (SCHIER, 2005, p. 223, 228, 233).

O Estado gira em torno do núcleo gravitacional dos direitos fundamentais [...] os direitos, liberdades e garantias fundamentais não são compreendidos como “concessões” estatais e nem tampouco podem ser vistos como um “resto” de direitos que só podem ser afirmados quando não estejam presentes outros interesses mais “nobres”, quais sejam, os públicos. Ao contrário, os direitos fundamentais “privados” devem integrar a própria noção do que seja o interesse público e este somente se legitima na medida em nele estejam presentes aqueles. [...]

O interesse público aqui delineado é o interesse público primário. Somente ele está em nível de igualdade com os direitos fundamentais. De outro modo, o interesse público secundário, ou o interesse patrimonial da administração não deve equiparar-se aos direitos fundamentais, amparados pela Constituição.

Conforme BINENBOJM (2008, p. 7), “a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa à juridicidade”. Nesse sentido, retira-se do arbítrio do administrador a valoração do que venha a ser interesse público o que resta, segundo o catedrático da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, “a depender de juízos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente assegurados”.

[...] discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um resíduo de legitimidade, a ser

preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à participação e à eficiência como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública BINENBOJM (2008, p. 7)

No sistema constitucional vigente, a prescrição é a regra, tendo o art. 37, §5º, da norma fundamental ressalvado apenas as ações de ressarcimento de danos ao erário. Ainda assim, tal imprescrição não será absoluta, devendo-se observar, no caso concreto, a garantia da ampla defesa – o acusado deve ter condições de se defender, sob pena de se entrar efetivamente em estado de exceção.

Até mesmo no direito penal, visto como a *ultima ratio* para a garantia da vida em sociedade, interferindo num dos direitos mais caros ao cidadão – o da liberdade, reserva à imprescritibilidade o caráter residual. Poucos crimes, como racismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional são considerados imprescritíveis. A esmagadora maioria, no entanto, observa a regra de que a passagem do tempo constitui óbice à punição.

Observa-se assim, que mesmo a prescrição sendo de certa forma tolhida no âmbito do direito administrativo, em vista dos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público, a própria conciliação desses princípios do regime jurídico administrativo aos direitos fundamentais acaba reabrindo o horizonte da prescrição como garantia fundamental de segurança jurídica, de estabilização de relações.

Nesse sentido, pode-se afirmar que atualmente o instituto da prescrição não deve ter ressalvas no âmbito do direito administrativo, porquanto o tão buscado interesse público somente será atingido no respeito aos direitos fundamentais que dão base à prescrição, a segurança jurídica, a estabilidade das relações, entre outros.

Ademais, até mesmo sob a perspectiva do interesse público secundário (o interesse patrimonial da administração), a prescrição acaba apresentando saldos positivos. Contribui para o aumento da eficiência administrativa nas apurações das infrações cometidas, reduz estoques de processos, torna a Administração Pública menos engessada. Nesse sentido, vale transcrever excerto do pensamento de

SOMBRA e SUNDFELD sobre a prescrição para o ressarcimento de danos ao erário, que se mostram oportunos ao caso (2016, *online*):

[...] se os recursos do controle sempre serão finitos, como ele vai ao mesmo tempo cuidar do presente e remexer infinitamente o passado? Empilhar cada vez mais processos, para que se arrastem na Justiça atrapalhando uns aos outros, não parece estratégia inteligente para aumentar o ressarcimento de danos ao estado. Daí as dúvidas do presente: mais ou menos prescrição, mais ou menos leniência?"

Com efeito, a imprescritibilidade, a prescrição prolongada e a própria imprescritibilidade disfarçada (aquela que não é vista, mas que ocorre porque o labirinto de atos administrativos que condicionam o início de sua contagem o impede de efetivamente começar a fluir) são utilizadas no mais das vezes para esconder a ineficiência da administração.

O interesse público transforma-se em interesse organicista, é quase que um corporativismo. A administração ineficiente usa de uma superioridade que não é sua, mas da coletividade, para punir quando e como quiser.

Suponha-se, a exemplo, que determinada empresa esteja sofrendo sanção pela inexecução parcial de obras de fundações de uma obra, após a sua conclusão. A acusação é a de que a empresa teria executado seis metros de estacas escavadas sendo que o projeto previa oito metros. Como se tratava de uma empreitada por preço unitário, os pagamentos foram realizados com base no quantitativo que se imaginava executado. De modo que, além da suposta execução em desconformidade com o projeto, recai também sobre a empresa possível superfaturamento pelo recebimento de serviço não executado.

O art. 67 da Lei 8.666/1993 prevê que a administração deve acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos. Ante os princípios da legalidade, da eficiência, e na defesa do interesse público mais nobre na questão (evitar que a obra venha a ruir futuramente, colocando em risco a integridade das pessoas), a administração contratante deveria acompanhar detalhadamente as etapas de execução e intervir tempestivamente, caso constatasse algum desvio.

Ocorre, porém que a administração só veio a ter ciência do indício da falha contratual após a obra concluída, por meio de denúncia de um dos operários que

havia trabalhado em sua execução. Na acusação, o trabalhador alega que a profundidade executada foi de seis metros e não de oito, como contratado e pago.

Os diários de obras confirmam a profundidade de oito metros e não existe qualquer outra informação que possa comprovar cabalmente a exata profundidade executada.

Note-se que aqui não se está nem a tratar a prescrição temporal. Assuma-se que a denúncia foi feita um ano após a conclusão da obra, de forma que a administração possuía pleno direito de sancionar a empresa por falhas contratuais.

No entanto, a única forma de a empresa produzir a prova seria escavar as laterais das fundações para checar “*in loco*” a real profundidade. Tal procedimento, pelos custos elevados e pelos riscos à edificação, não seria indicado. Ou seja, não haveria meios técnicos razoáveis para comprovar a real profundidade executada.

Ressalvados os estudos que deveriam ser realizados para garantir a solidez da obra – a fim de evitar a ruína; não se mostraria razoável que a administração, a título de resguardo do interesse público, presumisse a execução a menor e obrigasse a empresa a provar o contrário. Tal violaria, inclusive, a boa-fé objetiva que se requer em todos os contratos (eu não tenho certeza e condições de provar o que digo, mas imputo a outrem o dever de provar que o que eu digo é errado, sob pena de ele estar errado).

Nessa hipótese, portanto, a aplicação da sanção deveria ser afastada, pois o particular não teria condições de provar a não ocorrência da irregularidade.

A Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), por exemplo, em seu art. 20 prevê a figura das contas iliquidáveis.

Art. 20. As contas serão consideradas iliquidáveis quando caso fortuito ou de força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável, **tornar materialmente impossível o julgamento de mérito a que se refere o art. 16 desta Lei.**

O intuito do dispositivo é antever situações em que por limitações materiais não se possa tirar uma conclusão sobre a veracidade de determinado fato ou estimar o dano. Tal situação, no caso do TCU, conduz à declaração das contas iliquidáveis. Por analogia, na mesma hipótese relativa a contrato administrativo deve-se conduzir para o afastamento da sanção.

2.3.2 A prescrição das Sanções da Lei 8.666/1993 segundo doutrina e órgãos especializados:

Conquanto o art. 37, §5º da Constituição Federal estipule que “a lei preverá prazo de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente (...)”, a legislação infraconstitucional é omissa quanto ao prazo prescricional para a aplicação de penalidades nos contratos regidos pela Lei 8.666/1993, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência a fixação o *quantum* de prazo. Tal situação, como se verá a frente, gera controvérsia e insegurança aos envolvidos - gestores públicos contratantes e empresas.

Como já alicerçado, vencido certo lapso de tempo da atuação ilícita, o Estado-administração não pode, ou melhor, não deve sancionar o particular, produzindo-se, então, a prescrição, dado que ocorre a perda do direito à pretensão (ZANOBINI, 1924, apud FERREIRA, 2001, p. 176).

2.3.2.1 Analogia com normas de direito público:

Utilizando-se do exemplo das sanções disciplinares aplicáveis aos servidores públicos, em que os prazos de prescrição variam de 180 dias a cinco anos, a depender da gravidade dos ilícitos e das correspondentes sanções, FERREIRA revela que muitas vezes a lei prevê os prazos a partir dos quais o Estado perde o direito de punir. E ressalta que o problema está em quando não há lei definindo tal prazo, caso da omissão da Lei 8.666/1993 – o mote deste trabalho (2001, p. 176).

O Capítulo 2 deste trabalho descreveu as sanções previstas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a serem aplicadas aos particulares contratados em casos de falhas e inadimplementos. No entanto, a lei não estipulou um prazo máximo dentro do qual a administração deve aplicar tais sanções sob pena da prescrição desse direito.

Duas correntes principais possuem relevância para a análise do tema, como se detalhará a seguir: a que busca suprir a lacuna da Lei 8.666/1993 mediante aplicação analógica de outras normas do direito público; e a que se apoia na subsunção direta da situação ao art. 205 do Código Civil de 2002: “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

Na opinião de MELLO, não se arrazoa a aplicação da analogia com o direito civil. Segundo o administrativista, as razões ou premissas dos dois ramos do direito possuem diferenças deveras grandes, de modo que “nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte”. E continua (2003, p. 1033 – 1035):

Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal explícita, não haveria razão prestante para distinguir entre Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações. [...] Isto posto, estamos em que, faltando regra específica que disponha de modo diverso [...], o prazo para a Administração proceder judicialmente contra eles é, como regra, de cinco anos [...].”

No mesmo sentido, MEIRELLES lecionava:

[...] em isonomia com a regra do art. 1º do Decreto 20.910/1932, que prevê prazo prescricional quando o poder público é sujeito passivo; e por analogia com outras normas, como a que trata das punições dos profissionais liberais (Lei 6.838/80), e a da cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174); na omissão da lei quanto à prescrição administrativa esta deveria ocorrer em cinco anos (2003, p. 654).

Para DIAS, a omissão é de fato um problema para o qual a solução é a adoção do prazo de prescrição quinquenal para as multas, suspensão do direito de licitar ou contratar e para a declaração de inidoneidade, contado da ciência, pelo contratante, da infração cometida (1997. p.108).

A data de início da contagem de prazo é outro problema dos mais relevantes, que foi amplamente debatido em recente acórdão do TCU (Acórdão 1.441/2016-Plenário), já que por um lado, ao se fixar a data de início a partir da ocorrência do fato e não do conhecimento pelo contratante, poder-se-ia estimular o infrator a esconder a falha, e se beneficiar da prescrição; por outro lado, a contagem a partir da data de conhecimento por parte do contratante pode significar a não estabilização da relação jurídica, vez que não é certo o momento a partir do qual o contratante toma conhecimento sobre uma ocorrência. Conquanto a data de origem não seja objeto específico deste trabalho, será dedicado um tópico no Capítulo 4 para melhor problematizar a questão.

Quanto à sanção de advertência, DIAS considera que ela só pode ser aplicada no curso do contrato (1997, p.108).

FERREIRA concorda com a adoção do prazo de cinco anos, “não só pelo disposto no Decreto 20.910/1932, que trata da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública”, mas também, no mínimo, por aplicação analógica do art. 54 da Lei 9.784/1999, o qual prevê a decadência no prazo de cinco anos, do direito de a Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, contados da data em que foram praticados (2001, p. 176).

Com relação à sanção de advertência, FERREIRA ressalta que a conclusão de que não se poderia extrapolar o prazo de vigência do contrato não é a mais correta. O faz apontando dois problemas: 1) nos contratos firmados por mais de cinco anos, pode equivocadamente parecer que mesmo ultrapassado o prazo de cinco anos da ciência do fato pela administração, em vista de o contrato continuar em vigor, a Administração ainda poderia aplicar a sanção; 2) finalidade da sanção – em sua visão à advertência não poderia estar adstrita ao interesse da Administração de desestimular infrações. Segundo o autor, a imposição válida de sanção é dever diante de um ilícito cabalmente comprovado, sendo irrelevante qualquer outra pretensão do ente sancionador que não seja a imposição da consequência jurídica desfavorável, como determinado por lei (2001, p. 176).

Com as devidas vênias, postula-se que a advertência deve estar adstrita ao contrato. Considerando que esta tem por objetivo alertar o prestador de serviços de que algo não está ocorrendo de acordo com o pactuado, a fim de prevenir a reincidência, não faz mesmo sentido que tal sanção possa ser aplicada após o fim da vigência contratual ou conclusão do objeto, quando for contrato por escopo. Seria um custo administrativo desprovido de qualquer benefício em contrapartida (2001, p. 176).

Em relação ao primeiro ponto levantado pelo autor – contrato com vigência superior a cinco anos, parece que isto por si só não pode afastar eventual prazo de prescrição mais favorável à parte. E, aliás, contratos com prazos superiores a cinco anos (menor prazo de prescrição dentre os cogitados), fundados na Lei 8.666/1993, são excepcionalíssimos, e a questão só ganharia maior relevo em contratos de concessão e parcerias público-privadas, cujos prazos são em média maiores que vinte anos.

JUSTEN FILHO defende a aplicação analógica do prazo prescricional de cinco anos para as ações de titularidade da fazenda pública. O autor discorda da assimilação feita pela jurisprudência do TCU ao art. 205 do Código Civil (dez anos), pois, no seu entendimento, tal dispositivo seria aplicado às pretensões de cunho patrimonial entre sujeitos privados (2016, p. 1389).

A respeito do tema, a Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União (AGU) n. 51, abordando mais propriamente a possibilidade de a sanção ser aplicada fora da vigência do contrato, assim dispôs:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº- 51 “A garantia legal ou contratual do objeto tem prazo de vigência próprio e desvinculado daquele fixado no contrato, permitindo eventual aplicação de penalidades em caso de descumprimento de alguma de suas condições, mesmo depois de expirada a vigência contratual. ” (grifos nossos) REFERÊNCIA: Arts. 57, 69 e 73, §2º, da Lei nº 8.666, de 1993; PARECER PGFN/CJU/COJLC/Nº 1759/2010.

O Caderno de Logística – Sanções Administrativas – Diretrizes para formulação de procedimento administrativo específico, elaborado pela extinta Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI), do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG), baseado na doutrina e jurisprudência que colaciona, conclui pelo prazo prescricional de cinco anos⁶:

Assim, em síntese, a doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que o prazo prescricional para que a administração aplique sanções na fase licitatória ou contratual aos particulares é de 5 (cinco) anos, cujo marco inicial considera-se aquele em que é cometida a infração, exceto se, pela natureza do fato, este não puder ser imediatamente conhecido, caso em que o prazo prescricional deverá ter início a partir da ciência do fato pela autoridade administrativa.

Vale registrar que o Caderno de Logística da SLTI possui grande relevância no contexto dos contratos administrativos, já que é aplicado não somente pelos órgãos e entidades da Administração Pública federal⁷, mas também, em caráter orientativo, por inúmeros estados e municípios no Brasil. Contudo, o documento não

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 623.023/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon. 2ª Turma, DJ. 14.11.2005.

⁷ São os órgãos pertencentes ao Sistema de Serviços Gerais (SISG) da União. De acordo com o art. Art. 1º, § 1º do Decreto 1.094/1994: “Integram o SISG, os órgãos e unidades da Administração Federal direta, autárquica e fundacional [...]”

é peremptório na posição pela prescrição quinquenal, afirmando: “em vista de este Caderno tratar-se de uma diretriz orientativa, caberá ao órgão ou entidade buscar elucidar a questão junto às suas Consultorias Jurídicas”.

No mesmo sentido, NASSAR ensina que a prescrição civil ordinária não se presta ao *jus puniendi* do Estado, embora muitos juristas a tentem aplicar (2006, p.3).

PEDRA entende que, por analogia, deve ser considerado o prazo prescricional de cinco anos da Lei 9.873/1999. Expirado tal prazo sem que a administração tenha iniciado a punição, ocorrerá a prescrição (2015, p.409-410).

Lei 9.873/1999:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

2.3.2.2 Subsunção ao art. 205 do Código Civil:

Em parecer da Coordenação-Geral Jurídica – CJU, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), relativo ao processo administrativo nº 12709.000232/2003-21, foi firmado o entendimento de que às sanções administrativas contratuais devem ser aplicados os prazos prescricionais do art. 205 do Código Civil.

A princípio, o parecer aduz que da exegese do art. 1º, §1º, da Lei 9.873/1999, constata-se que a prescrição ali tratada se refere à ação punitiva da Administração “no exercício do poder de polícia”, o que não é o caso das sanções contratuais aplicadas diante do inadimplemento da contratada. De acordo com a PGFN, estaria assim afastada, “sem maiores dificuldades”, a possibilidade de incidência do prazo da Lei 9.873/1999.

O parecer descarta também a aplicação do art. 173 do Código Tributário Nacional, considerando “evidente a inaplicabilidade do dispositivo legal (relativo ao prazo decadencial para constituição de créditos tributários) à hipótese em discussão”; e o art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980, que dispõe sobre a execução judicial

da Dívida Ativa da Fazenda Nacional. Acrescenta: “tratando-se de situações ontologicamente diversas, não se aplica a analogia”.

Na busca de normativo que pudesse reger a matéria, cogita os seguintes dispositivos: a) art. 1º do Decreto 20.910/1932⁸, b) Art. 54 da Lei 9.784/1999⁹, e c) Art. 1º, da Lei 9.873/1999¹⁰; mas ao final conclui pela inexistência de previsão legal específica relativa ao prazo para aplicação ou cobrança de penalidade decorrente de relação contratual.

Na sequência, o parecer diz que a aplicação analógica do Decreto 20.910/1932 e da Lei 9.873/1999 realizada pelo STJ em alguns precedentes¹¹ relaciona-se a multas administrativas, “decorrentes de uma relação de caráter público, em que incide o *ius imperi* ou o Poder de Polícia da Administração”. E, assim, na sua visão, não poderiam ser tomadas como análogas àquelas em que existe uma relação contratual entre a Administração e o contratado.

Diante disso, a norma que mais se aproximaria é a que rege as relações contratuais em geral, o art. 205 do Código Civil. Nessa linha, apresenta entendimento de CARVALHO, no seguinte sentido (2009, p. 535/538):

5. A PRESCRIÇÃO DAS PRETENSÕES DA ADMINISTRAÇÃO EM FACE DE TERCEIROS

[...]

Já nos casos em que não há regular autorização legislativa, nem mesmo urgência que justifique qualquer medida autoexecutória, a Administração, a fim de obter o adimplemento de prestações devidas pelos terceiros, submete-se ao dever genérico de recorrer ao Judiciário, com o objetivo de aviar a sua pretensão. Ao fazê-lo, se não existirem normas públicas que fixem constitucionalmente prazos específicos da prescrição da pretensão

⁸ Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, **prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.**

⁹ Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

¹⁰ Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

¹¹ REsp 905.932/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 28/6/2007, p. 884; AgRg no AG 842.096/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 25/6/2007, p. 227; e REsp 751.832/SC, Re. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 20/03/2006, p. 20775.

administrativa, estará o Estado sujeito aos prazos prescricionais genéricos do ordenamento, sejam eles de natureza civil ou de natureza penal. Isto porque, se não há regras administrativas que fixem os prazos prescricionais das pretensões da Administração em face de terceiros, não são aplicáveis, por analogia, os dispositivos que regulam a prescrição das pretensões dos administrados perante o Poder Público. O próprio princípio da supremacia do interesse público e a correta compreensão da igualdade em face das especificidades da atividade administrativa impedem que se estenda às pretensões da Administração os reduzidos prazos fixados na ordem jurídica para a prescrição dos direitos de terceiros em face do Estado.

[...]

Portanto, na ausência de normas públicas específicas para a prescrição das pretensões da Administração, que sejam constitucionais, entende-se aplicáveis os prazos de prescrição das normas civis e penais que regulamentam o direito cujo inadimplemento pelo terceiro fez surgir a pretensão da Administração Pública.

Em conclusão, discorda da utilização do prazo quinquenal em analogia com o Decreto 20.910/32, defendendo a aplicação do prazo prescricional prevista no art. 205 do Código Civil de 2002.

3 A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – STJ X TCU:

Conforme já observado neste trabalho, a Lei 8.666/1993 não fixa prazo prescricional para as sanções que prevê, o que não é necessariamente novidade no direito público. Antes da edição da Lei 9.873/1999, o próprio exercício do *jus puniendi* decorrente do poder de polícia estatal não possuía limite temporal específico previsto em Lei.

Assim, no julgamento do Recurso Especial (Resp) 1.105.442/RJ, sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (CPC), o STJ decidiu pelo prazo prescricional de cinco anos, valendo-se da aplicação analógica do art. 1º do Decreto 20.910/32.

Em condição semelhante, o prazo para que o Tribunal de Contas da União aplique as sanções administrativas previstas em sua Lei Orgânica - Lei 8.443/1992 foi debatido em sessão recente desse Tribunal. A discussão originou-se do fato de que a referida lei de regência do TCU não disciplina o prazo prescricional para a instauração dos processos administrativos com vistas à recomposição dos danos gerados ao erário ou para a aplicação de sanções por parte do Tribunal.

Pairava a divergência jurisprudencial, já que alguns ministros entendiam pela aplicação analógica dos prazos prescricionais de normas correlatas do direito administrativo (cinco anos). E outra parcela aduzia que na verdade não se havia de fazer qualquer analogia com o direito administrativo, mas apenas observar a regra do art. 205 do Código Civil, segundo o qual na ausência de outro prazo legalmente fixado, aplicar-se-ia à prescrição o prazo de dez anos. Havia ainda entendimento de que a omissão legislativa conduzia à imprescritibilidade das sanções.

Em face da divergência, a questão foi objeto de Incidente de Uniformização de Jurisprudência no processo de Tomada de Contas Especial - TC 030.926/2015-7, julgado pelo Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, que será detalhado na sequência.

É importante advertir que não se trata de desviar o foco do trabalho para a prescrição da pretensão punitiva no âmbito do TCU. Tal estudo justifica-se porque, em condições análogas, as omissões dos prazos prescricionais para sanções nas Leis 8.443/1992 (do TCU) e 8.666/1993 devem conduzir para a mesma solução. Ambas sanções a serem aplicadas pelo poder público e ambas foram silentes

acerca do prazo de prescrição dessas sanções. Assim, a análise e as conclusões a que se chegou a respeito das sanções da Lei Orgânica do TCU são aplicáveis às da Lei 8.666/1993.

Deste modo, no tópico seguinte será detalhado o Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, que reproduz entendimento recente e uniformizado no âmbito da corte de contas. Após o que serão apresentados os entendimentos do judiciário, sobretudo calcado na jurisprudência do STJ.

3.1 Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário

Dentre os votos que conduziram ao Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, podem-se identificar proposições nos seguintes sentidos em relação ao prazo prescricional para a pretensão punitiva do TCU:

- a) imprescritibilidade do exercício do poder-dever de sanção do Tribunal, assentado no art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal;
- b) aplicação do prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil;
- c) aplicação do prazo de cinco anos, por analogia a outras normas do direito público.

Antecipa-se que a tese vencedora foi a prevista na alínea “b” supra, a da aplicação do prazo de dez anos do código civil (art. 205). Não obstante, em seguida serão apresentados os argumentos utilizados para a defesa de cada uma dessas teses.

3.1.1 Imprescritibilidade do exercício do poder-dever de sanção do Tribunal, assentado no art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal;

Trata-se, em verdade, de proposição individual apresentada pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, apoiada na imprescritibilidade das ações que visam ao ressarcimento do erário, já reconhecida pelo STF, no Mandado de Segurança (MS) 26.210/DF e no MS 29.272/BA. Neste último, o STF teria se manifestado no sentido de que, sendo a TCE um processo administrativo em que se busca a reparação de danos causados ao erário, não estaria sujeita à prescrição. Aduz, inclusive, que na

decisão desse MS, o STF teria revelado a imprescritibilidade tanto da ação que visa à recomposição, quanto da sanção correspondente à mesma irregularidade que causou o dano:

Assim, sendo a Tomada de Contas Especial um processo administrativo, com intuito de identificar responsáveis por danos causados ao erário e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, **não há falar em prescrição** (destacou-se).

A Suprema Corte, em todos esses casos, não se ocupou em distinguir a prescrição da multa imposta pelo TCU da prescrição do débito, colocando ambas a salvo da imprescritibilidade, consagrada na Carta de outubro. Afastou, na verdade, a prescrição de ambos os comandos: do que impôs o dever de ressarcir e do que sancionou os responsáveis com multa. Aliás, se a regra incidente ao principal – da imprescritibilidade do débito – for divorciada do acessório – a multa decorrente do débito – haverá sério gravame ao ordenamento jurídico, porque a segunda, no mais das vezes, deriva diretamente da primeira.

Com base nesse raciocínio, partindo da inexistência de previsão legal nesse sentido, e não tendo o STF se posicionado pela “prescrição do exercício do poder-dever do TCU em cominar sanção”, não poderia, segundo o Ministro Walton, o próprio TCU invadir a esfera legislativa e dispor sobre o prazo prescricional.

Ressalta que a partir da direta, inequívoca e abrangente expressão do texto constitucional (art. 37, §5º), resta claro que a fixação de prazo prescricional é reservada à lei.

As regras de prescrição, para o exercício do poder punitivo, por parte do Tribunal de Contas da União, constituem, portanto, matéria de estrita reserva legal. É que “a lei estabelecerá”, e só a lei, não o decreto, não a vontade do administrador ou do juiz. E esse exposto esquadro constitucional, a traçar regra vinculatória da ação controladora, repele o instrumental da analogia e outros mecanismos de exegese da lei.

Menciona, inclusive, que na divisão entre as categorias de reserva de lei pelo critério “vínculo imposto ao legislador”, no magistério de José Afonso da Silva, a reserva de lei em questão estaria no nível de reserva absoluta, que nas palavras do constitucionalista, ocorreria “quando a disciplina da matéria é reservada pela Constituição à lei, com exclusão, portanto, de qualquer outra fonte infralegal.

Nesse sentido, sua proposta inicial foi pela imprescritibilidade do exercício do poder-dever de sanção do Tribunal, assentado no art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal.

Porquanto desprovido de qualquer razoabilidade e por aviltar direitos fundamentais à segurança jurídica, à boa-fé e à estabilidade das relações, nenhum dos demais ministros encorajou-se a acompanhar tal tese, tendo ela, em verdade, sofrido diversas críticas. Os principais argumentos contrários estão delineados na sequência.

3.1.1.1 Principais críticas ao argumento da imprescritibilidade:

- a) A opção pela imprescritibilidade das sanções também é uma forma de legislar;
- b) No ordenamento jurídico, a prescritibilidade é a regra e a imprescritibilidade é a exceção. Tanto o é que o direito penal prevê expressamente os crimes imprescritíveis, sendo todos os demais prescritíveis;
- c) O fato de a Constituição ter dito expressamente quais ações seriam imprescritíveis faz presumir, a contrário senso, a regra geral da prescritibilidade;
- d) Lida a Constituição como um conjunto harmônico de regras, conclui-se que a imprescritibilidade não é compatível com diversos princípios constitucionais, tais como a segurança jurídica, a celeridade processual, a eficiência administrativa, o devido processo legal, a razoabilidade;
- e) O entendimento pela imprescritibilidade da sanção igualaria o instituto ao débito (que é, de fato, imprescritível). Porém, é consabido que possuem naturezas jurídicas distintas;
- f) O juiz deve decidir no caso concreto com aquilo que está posto no mundo jurídico, não podendo abster-se de julgar por falta de dispositivo que regule a matéria.

Ademais, o Ministro Raimundo Carreio trouxe importantes julgados do STF com o entendimento contrário à tese da imprescritibilidade da pena na esfera administrativa sob a argumentação de ausência de norma expressa sobre a matéria

- MS 20.069/1976¹² e RMS 23.436¹³. Neste último julgado, inclusive, constou no voto do Ministro Relator, Marco Aurélio, que a “ausência de previsão expressa de prazo de prescrição na Lei 8.112/90 quanto à conclusão do processo disciplinar não autoriza decidir pela imprescritibilidade”.

3.1.2 Aplicação do prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil.

Votaram nesse sentido os Ministros Walton Alencar Rodrigues (proposta alternativa), Bruno Dantas, José Múcio, Vital do Rêgo e Ana Arraes.

A reiterar, o art. 205 dispõe que “a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

De acordo com o Ministro Walton, esta é a regra, prevista na parte geral do código civil, que, segundo ele, pode se disseminar por todos os ramos do direito a fim de suplementá-los. Cita abastada doutrina acerca da extrapolação das regras gerais do direito civil aos outros ramos. Dentre os autores mencionados, consta Caio Mário da Silva Pereira, para quem:

[...] embora o direito civil se tenha como um dos ramos do direito privado, a rigor é bem mais que isto. Enfeixa os princípios de aplicação corrente, de aplicação generalizada e não restritiva à matéria cível (...) é dentro dele que o jurista nacional encontra aquelas regras de repercussão obrigatória a outras províncias do seu direito.

O silêncio da Lei 8.443/1992 acerca da prescrição da multa, não abre, segundo o Ministro Walton, lacuna a ser colmatada por analogia, mas hipótese de incidência da regra geral de prescrição, contida na legislação civil codificada. A expressa disposição legal impede, em sua visão, o uso da analogia, porque somente aplicável ante omissão da lei.

¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança - MS 20069/DF**, Relator, Ministro Cunha Peixoto. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 06/11/2016.

¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança - MS 23436/DF**, Relator, Ministro Marco Aurélio. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 06/11/2016.

Defende ainda que mesmo se afastando as regras do código civil, para aplicação de normas por analogia, tal procedimento não se mostraria compatível com a necessária ampliação dos prazos prescricionais para infrações mais graves:

O Código Penal estabelece prazos prescricionais maiores para crimes com penas privativas de liberdade mais longas, e menores, para ilícitos mais singelos. De igual sorte, a legislação civil codificada assenta a ocorrência de prazos prescricionais mais dilatados nos casos em que a pretensão do autor visa a proteger bem jurídico mais caro à sociedade.

Também na seara do direito administrativo, observa-se tal solução. A Lei 8.112/1990 fixa diferentes prazos prescricionais para ações disciplinares, consignando prazo de prescrição maior para as infrações mais graves, puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão, e menor para as infrações que suscitem apenas advertência.

Por isso, reputa desarrazoado aplicar o mesmo prazo de cinco anos a quaisquer irregularidades da seara do direito público, comparando, a exemplo, uma ação que dá azo às sanções previstas nos artigos 57 e 58 da Lei 8.443/1992 com uma infração de trânsito. Para ele, obviamente que tais práticas não podem ter prazos prescricionais idênticos.

O Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU (MP/TCU) anuiu com a tese da aplicação do prazo decenal do código civil. Defendeu a inexistência de delimitação absoluta entre os campos do direito e a possibilidade de as regras gerais do código civil transbordarem para outras áreas.

Ademais, o MP/TCU considera que o prazo de dez anos é aquele que traz maior segurança jurídica aos jurisdicionados, protege o interesse público e é de fácil aplicação e entendimento.

Quando aborda a questão da facilidade de aplicação, o procurador, na verdade, faz referência a outro ponto da discussão – a data de origem a ser considerada. Tal problemática será apresentada em tópico seguinte deste trabalho, embora sem a profundidade requerida, por fugir do escopo do estudo. Por ora, registra-se que a opção do procurador foi a de que a origem deveria contar a partir da prática do ato, *actio nata*. Assim, na sua opinião, seria um critério fácil de ser aferido – dez anos a contar do ato.

O procurador mencionou que a jurisprudência majoritária do Tribunal até ali formada propugnava pela aplicação dos prazos prescricionais estabelecidos pelo Código Civil.¹⁴

Em seu voto, o Ministro Vital do Rêgo expôs que o termo “lei” previsto no art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito (art. 4º: quando “a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”) deve ser lido não apenas como a lei que se deseja interpretar, mas sim como todo o sistema jurídico vigente. E exemplifica:

A Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, por exemplo, não estabelece nenhuma pena aos que desrespeitam as suas regras. É claro que o juiz não pode criar uma pena para quem a descumprir ou, por analogia, utilizar a pena prevista em outra norma. Deve, no entanto, saber se no mundo jurídico existe alguma lei que defina penas para o descumprimento da LRF. Nesse caso, o juiz deve se valer das penas previstas na Lei 10.028/2000, que acrescentou, ao Código Penal, a tipificação dos crimes contra as finanças públicas. Nesse caso, não se trata de analogia, mas de aplicação direta da lei, mesmo que esta não esteja no corpo da LRF.

Para Vital do Rêgo, essa seria a mesma situação do caso concreto em que não se está a precisar de analogia, mas apenas de aplicação direta do Código Civil.

O Ministro Bruno Dantas aduz que a Constituição Federal, art. 37, §5º, teria reservado à lei a estipulação de prazos prescricionais. E o Poder Legislativo, nesse mister, definiu o prazo de dez anos. Desse modo, não vislumbra a possibilidade de se desrespeitar as vontades legal e constitucional pela aplicação analógica de outras normas de direito público. Não há, em sua opinião, lacuna a ser colmatada pela analogia.

Ressalta que na jurisprudência do TCU se utiliza os seguintes institutos tendo por base o Código Civil: descon sideração da personalidade jurídica, princípio da boa-fé objetiva e normas atinentes ao negócio jurídico. Em nenhuma das hipóteses cogita-se da impossibilidade de câmbio entre as normas de direito público e privado.

3.1.3 Aplicação do prazo de cinco anos, por analogia a outras normas do direito público.

¹⁴ O procurador do MP/TCU citou os Acórdãos: 1.803/2010–Plenário, 510/2005–Plenário,

Votaram nesse sentido os Ministros Benjamin Zymler, Augusto Nardes e Raimundo Carreiro.

O Ministro Benjamin Zymler, relator do processo, defende a solução do problema na via da integração jurídica. “É assim porque as normas de Direito Público adotam, tanto a favor da administração, como contra ela, o prazo prescricional quinquenal.” Considera inexistir a criticada discricionariedade na delimitação do prazo prescricional porque a melhor integração jurídica fatalmente conduzirá ao lapso quinquenal.

O Ministro diz que após refletir sobre a matéria chegou à conclusão de que o prazo decenal previsto no Código Civil visa regulamentar relações eminentemente privadas. Por isso, não seria aplicável ao poder-dever sancionador do TCU.

Um dos argumentos para tal diferenciação está na assimetria das relações:

De um lado está o Estado com suas potestades e, do outro, o administrado, que se submete ao poder estatal. Dessa forma, a importação das normas de Direito Civil não se faz de forma automática, cabendo ao aplicador do direito promover um juízo de ponderação e de proporcionalidade.

Por essa razão, continua, os ordenamentos jurídicos tendem a estabelecer prazos menores em desfavor do Poder Público. Tal afirmação é baseada em citação de BARROSO:

Mesmo fugindo da comparação com o sistema anglo-saxão, que adota prazos notadamente mais exíguos, o direito comparado revela que, na França, por exemplo, a regra é a prescrição administrativa quadrienal. E, na Itália, a média é de três anos. (2001)

Nessa linha, acrescenta que o Código Civil só deve ser aplicado nos processos de controle externo de forma supletiva. Para tanto, elucida:

ao definir a sistemática de cumprimento das declarações de inidoneidade (espécie de sanção), em especial quando houver cumulação de medidas aplicadas pelo TCU, esta Corte valeu-se da analogia com outra codificação do direito público (Código Penal), conforme Acórdão 348/2016-Plenário.

2.495/2005–1ª Câmara, 3.036/2006–1ª Câmara, 2.011/2007–1ª Câmara, 53/2005–2ª Câmara, 3.132/2006–2ª Câmara, dentre tantos outros.

O Ministro Zymler observa que do conjunto de normas de direito público é possível extrair um prazo prescricional comum - de cinco anos - para a imposição de multas de natureza administrativa. Mencionando os seguintes normativos:

- a) Decreto 20.910/1932, para a cobrança de dívidas passivas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
- b) Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), para a cobrança de crédito tributário;
- c) Lei 6.838/1980, para a sanção disciplinar de profissional liberal, aplicada por órgão profissional competente;
- d) Lei 8.112/1990, para a ação disciplinar contra servidor público que culmine a pena de demissão;
- e) Lei 8.429/1992, para as ações destinadas à aplicação das sanções expressas nessa lei, no caso de detentores de cargos e empregos públicos;
- f) Lei 9.873/1999, no caso da pretensão punitiva da administração no exercício do poder de polícia;
- g) Lei 12.529/2011, para as ações punitivas da Administração Pública federal, direta e indireta objetivando apurar infrações da ordem econômica;
- h) Lei 12.846/2013, para a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública.
- i) Lei 9.784/1999, que fixa em 5 anos o prazo decadencial da administração para anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários.
- j) Lei Orgânica do TCU, que estabelece o mesmo prazo para o Ministério Público apresentar de ofício recurso (de revisão) contra as decisões do Tribunal.

Nesse sentido, entende que guardadas as particularidades das matérias tratadas em cada um dos normativos,

o tratamento uniforme acerca da matéria permite vislumbrar uma incontestável inclinação do Direito Público no sentido de fixar o prazo prescricional de cinco anos para a aplicação de sanções aos administrados e para a União ser cobrada pelas suas dívidas.

Informa que da mesma forma pensam os administrativistas Celso Antonio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles¹⁵, e nessa linha decidiu o STJ, no Resp 894.539/PI¹⁶.

Menciona também que na decisão em sede de liminar no MS 32.201/DF, o Ministro Luis Roberto Barroso entendeu pela prescrição quinquenal de multa administrativa¹⁷. E que na sequência do processo supramencionado, a Procuradoria-Geral da República emitiu parecer reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva do TCU, afastando a aplicação do Código Civil, utilizando a analogia com outras normas de Direito Público para a resolução do problema¹⁸.

A Corte de Contas defende o prazo de dez anos, forte na incidência da regra geral de prescrição prevista no art. 205 do Código Civil. No entanto, essa escolha não é considerada adequada pela doutrina, que se inclina pela aplicação analógica de normas pertencentes ao ramo do Direito Público, como ensinou o eminente Relator em sede doutrinária [...]

Razões relacionadas à segurança jurídica que deve nortear as relações sociais também amparam a adoção do prazo prescricional de cinco anos.

Esse período de tempo é previsto pela Constituição, por exemplo, para a prescrição dos créditos decorrentes das relações de trabalho (art. 7º, XXIX) e para a prescrição aquisitiva anotada nos arts. 183 e 191. No âmbito infraconstitucional, o mesmo prazo é adotado por diversos diplomas normativos, a exemplo dos Decretos n. 20.910/32 e 4.597/42, do Código Tributário Nacional e das Leis n. 4.717/65, 6.838/80, 8.112/90, 8.429/92, 9.784/99 e 12.529/11.

O Ministro Raimundo Carreiro contesta a aplicação indiscriminada das normas de um ramo do direito às relações de outro. Reconhece o intercâmbio entre as disciplinas, mas adverte que as interseções ocorrem quando determinado ramo do direito precisa se valer de conceitos próprios de outro. Exemplificando: “o direito penal usa institutos do direito civil quando precisa definir condutas criminosas que envolvem conceitos do direito civil.” Contudo, destaca: “o direito penal não usa o direito civil para disciplinar matérias próprias do direito penal, isto é, para disciplinar o direito de punir, pois isso seria incoerente com a natureza jurídica do direito penal.”

¹⁵ Os entendimentos dos dois autores constam no item 3.2.2.1 deste trabalho.

¹⁶ A decisão é citada no item 4.1.5.

¹⁷ A decisão é citada no item 4.1.5.

¹⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. MS 32.201/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4435867>>. Acesso em 27/10/2016.

Por isso, reputa indevida a extrapolação do prazo prescricional do código civil a outros ramos do direito. Em sua opinião, a aplicação do art. 205 do Código Civil não se mostra adequada nem tanto pelo fato de se tratar de norma sobre relações privadas, mas principalmente por estar inserida na regulação de perda de direito de natureza econômica, objetivo completamente diferente do buscado nas sanções administrativas.

Relata que todas as hipóteses de prescrição previstas no art. 206, do Código Civil, tratam exclusivamente de prescrição relativa a direitos de natureza econômica. E considera impossível ler o art. 205 de forma isolada da realidade deflagrada no art. 206. “A boa hermenêutica não autoriza a leitura isolada de um comando normativo, pois, retirado de seu contexto, admitiria qualquer conclusão, ainda que distante dos seus limites.”

Em sua opinião, dado que inexistente no Código Civil regra disposta sobre a pretensão punitiva ou à perda desse direito, não se justificaria a utilização do art. 205 às sanções administrativas.

A fim de corroborar seu posicionamento, apresenta decisão do STF, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (ROMS) 21.562-7/DF, cujo relator foi o Ministro Ilmar Galvão:

Com efeito, são ontologicamente distintos os institutos da prescrição nos diversos campos do direito. Enquanto no cível corresponde a uma exceção do devedor, que tem por efeito extinguir a ação do credor designada à efetivação da prestação (de dar, de fazer e de não fazer) objeto de seu crédito, no crime, implica a perda, pelo Estado, do direito-dever de perseguir a punição do autor do delito. Por sua vez, a prescrição, no campo do direito administrativo disciplinar, a nenhum dos dois institutos se afeiçoa por inteiro.

Trata-se de discrepâncias que se devem, naturalmente, à diversidade de natureza dos objetivos colimados nas esferas jurídicas enfocadas.

Com efeito, enquanto nos domínios do cível tem-se em mira, de modo geral, como já dito, compelir o devedor ao cumprimento de uma prestação de natureza patrimonial em favor do credor; e ao passo que, no crime, o que se objetiva, precipuamente, é submeter o criminoso a uma restrição em sua liberdade de ir e vir; na ordem administrativa, nenhum comportamento concreto se pretende impor ao servidor faltoso, inexistindo, de parte deste, possibilidade de opor-se fisicamente à imposição da pena.

Assim, conquanto exista, inegavelmente, alguma identidade entre os três institutos, predominam os pontos de distinção, podendo-se indicar, entre outros, o fato de que, no cível, a regra é que da prescrição só conhece o julgador quando provocado pela parte interessada, enquanto no crime e no processo disciplinar, deve fazê-lo de ofício; de outra parte, se, no primeiro caso, a paralisação da ação, ou da execução, por inércia atribuível ao credor, pode reabrir ensejo à prescrição, a requerimento da parte, nos

outros dois, a simples morosidade processual, ainda que imputável ao autor da ação, é suficiente para extinguir o próprio direito de ver punido o agente ou de ver-se-lhe aplicada a pena.

Na linha do precedente do STF, defende existir muito mais proximidade entre a prescrição penal e a administrativa do que entre esta e a cível, pois a última regula eminentemente direitos de natureza econômica.

Em adição, o Ministro Augusto Nardes destaca Acórdão do STJ, em que se teria reparado com tal dilema, Resp 1.105.442/RJ - STJ¹⁹.

No julgado, **o voto vencido**, do Ministro Herman Benjamin, defendeu, entre outros, que o Código Civil “foi, e continuará sendo, o regime comum tanto do Direito Privado como do Direito Público.” E, segundo ele, o fato de o Código Civil disciplinar precipuamente as relações jurídicas com enfoque no indivíduo não afasta a sua aplicabilidade dos negócios jurídicos de Direito Público, por exemplo.

O Ministro Herman Benjamin apontou que o prazo prescricional é matéria do legislativo e que a aplicação analógica, no caso concreto em que analisou, de regras de prescrição criadas a favor da administração, *in casu*, as do art. 1º do Decreto 20.910/1932, seria indevida. Em sua visão, tal norma não poderia, a mero título da isonomia, ser aplicada em desfavor da administração, vez que nas relações com a administração são ínsitos os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Para ele, a diferença entre o particular e a administração estaria na gênese do direito administrativo, razão por que considerou indevida a assimilação das regras contra e a favor da administração.

No entanto, a tese vencedora no mencionado julgado do STJ foi a que considerou a aplicação analógica do prazo prescricional quinquenal.

O Min. Augusto Nardes defende ainda que a prescrição, sendo matéria de ordem pública, deveria ser reconhecida de ofício pelo Tribunal, e, assim, formula proposta de que a prescrição seja aferida, independentemente de alegação da parte

¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp 1.105.442/RJ**, Relator, Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

em cada processo do TCU em que se tenha a intenção de aplicar as sanções da Lei 8.443/1992.

3.1.4 Posicionamento Vigente quanto à prescrição da pretensão punitiva no âmbito do TCU:

Como se pôde observar na descrição dos principais argumentos contidos no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, o tema é conflituoso no âmbito do próprio TCU. Existem argumentos para ambas as teses defendidas, embora se deva antecipar que no entendimento deste trabalho, o caminho seguido pela corte de contas não foi o melhor.

A decisão foi obtida por maioria apertada (cinco a três), tendo sido firmada a aplicação do prazo decenal do art. 205 do Código Civil.

3.2 Posição do Superior Tribunal de Justiça:

Ao contrário do TCU, a jurisprudência do Poder Judiciário tem se colocado no sentido da aplicação analógica de regras do direito público: MS 32.201/DF – STF²⁰; Resp 894.539/PI – STJ²¹; Resp 1.105.442/RJ – STJ²²; MS 25116/DF – STF²³; MS

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança - MS 32.201/DF**, Relator, Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

²¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp 894.539/PI**, Relator, Ministro Herman Benjamin. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp 1.105.442/RJ**, Relator, Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança - MS 25116/DF**, Relator, Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

21.562²⁴/DF – STF; APL: 40003753220128260609/SP – TJ/SP²⁵; EResp 961.064/CE – STJ²⁶; Resp 1.057.754 /SP – STJ²⁷; REsp 751.832/SC – STJ²⁸.

Pela especial relevância ao trabalho, é válido detalhar o julgamento do STJ no Resp 1.480.350/RS – STJ²⁹.

No que importa ao presente trabalho, a decisão concentrou-se em duas problemáticas:

- a) Existe prazo fatal para a Administração, no caso o Tribunal de Contas da União, acionar ex-gestor público municipal, por meio de tomada de contas especial, para exigir dele a comprovação da regular aplicação de verbas federais repassadas ao respectivo Município. Estaria a Administração sujeita a algum prazo? e
- b) Qual seria esse prazo? Quinquenal? Decenal?

Embora, a princípio, o primeiro ponto possa não parecer relevante para a matéria deste trabalho, ele de fato o é. Em muitos casos, as condutas que geram sanções à égide da Lei 8.666/1993 podem ensejar também a responsabilização solidária da empresa em eventual Tomada de Contas Especial. Vale dizer, caso determinada empresa tenha executado serviços de qualidade inferior à contratada, por exemplo, poderá ser apenada pelo fiscal do contrato; e, mesmo se não sofrer

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança - MS 21.562/DF**, Relator, Ministro Ilmar Galvão. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

²⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação – APL 40003753220128260609/SP**, Relator, Ministro Coimbra Schmidt. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Embargos em Recurso Especial - EREsp 961.064/CE**, Relator, Ministro Castro Meira. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp 1.057.754 /SP**, Relator, Ministro Luiz Fux. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

²⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp 751.832/SC**, Relator, Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

²⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp 1.480.350/RS**, Relator, Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

qualquer sanção contratual, estará sujeita à eventual responsabilização solidária com os gestores caso a falha seja constatada pelo controle externo (TCU). Assim, na prática, o prazo para o TCU promover as ações ressarcitórias e punitivas é de extrema relevância na seara dos contratos administrativos.

Nesse sentido, o voto condutor do acórdão é muito preciso ao analisar a questão. Em princípio reafirma a posição do STF pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Reconhece também que no Resp 8943539/PI³⁰ (mencionado dentre as decisões que concluíram pela aplicação analógica das regras de direito público) o STJ concluiu pela imprescritibilidade da Tomada de Contas Especial "no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado".

Não se olvida que as "ações de ressarcimento" são imprescritíveis, conforme dispõe expressamente o texto constitucional, o que tem sido observado e reiterado nos julgamentos desta Corte, seja em sede de ação de improbidade com pedido de ressarcimento, seja em ação com o fim exclusivo de ressarcir o erário.

No entanto, os autos não versam sobre o exercício do direito de ação, ou seja, de pedir ressarcimento perante o Poder Judiciário. Ao contrário, tratam da imputação de débito e aplicação de multa promovida pelo Tribunal de Contas da União, no exercício do seu poder/dever de velar pelas contas públicas, mediante atuação administrativa, oportunidade em que não há falar em exercício do direito de ação.

Em regra, nos processos de controle externo conduzidos pelo TCU, o ônus da prova do adequado e regular emprego das verbas públicas é do gestor. Esse entendimento é uniforme na corte de contas³¹ e se fundamenta no art. 93 do Decreto-Lei 200/1967:

Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades competentes.

³⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - REsp 894.539/PI**, Relator, Ministro Herman Benjamin. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

³¹ Vide Acórdãos TCU 11/97 - Plenário; 87/97 - Segunda Câmara; 234/95 - Segunda Câmara; 291/96 - Segunda Câmara; 380/95 - Segunda Câmara; e Decisões 200/93 - Plenário; 225/95 - Segunda Câmara; 545/92 - Plenário.

Não obstante tal entendimento, o Ministro Benedito Gonçalves destaca que a não comprovação do escorreito uso dos recursos públicos revela “apenas por presunção” (grifo original), a ocorrência de dano ao erário, com a consequente imputação do débito e multa.

E de fato, nesse ponto, está a razão pela qual considera prescritível a ação administrativa do TCU na apuração do prejuízo ao erário: Na ação judicial promovida para o ressarcimento de dano ao erário, o ônus da prova recai sobre o Ministério Público ou Pessoas Jurídicas de Direito Público; enquanto num processo de Tomada de Contas Especial conduzido pelo TCU, esse ônus é do gestor. E isso faz toda a diferença.

A imprescritibilidade das ações de ressarcimento não deve conduzir a que o ex-gestor público permaneça vinculado à comprovação da regularidade dos atos por ele praticados por prazo indefinido, podendo a espada de Dâmocles desabar sobre a sua cabeça a qualquer momento. Tal constituiria, como aponta o voto:

[...] flagrante vulneração dos princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, bases do ordenamento jurídico, afinal é notória a instabilidade jurídica e a dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de produção de provas após o decurso de muito tempo.

Acrescenta que a imprescritibilidade, como exceção à regra geral, busca proteger apenas a ação de ressarcimento ao erário. Mas diz que na dicção constitucional, o ônus probatório nessa ação é de quem acusa. Assim, propõe: a exceção constitucional à regra da prescritibilidade pressupõe o exercício da jurisdição e a efetiva prova do prejuízo ao erário e da responsabilidade do seu causador.

Nesses termos, conclui que a atuação do TCU nas tomadas de contas especiais, em que se atribui o *onus probandi* aos gestores deve ter limite temporal e se sujeita à prescrição. No ponto seguinte, a ser debatido, o voto ocupa-se da fixação do *quantum* do prazo.

Conforme já mencionado, a Lei Orgânica do TCU não fixa o prazo para a autuação da tomada de contas especial, assim como não o faz a Lei 8.666/1993 em relação às sanções que aplica.

Dessa forma, o voto busca integrar a lacuna por meio da analogia, conforme art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). **E descarta de plano a aplicação das regras gerais do Código Civil:**

Nesse passo, descarto, de pronto, a aplicação das regras gerais de prescrição previstas no Código Civil em virtude da especificidade do Direito Administrativo em face do Direito Privado. No ponto, o ilustre professor Celso Antonio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre a prescrição das ações judiciais contra o administrado, assevera que na ausência de especificação legal do prazo (Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 906/907):

[...] o correto não é a analogia com o direito civil, posto que (sic), sendo as razões que o informam tão distintas das que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Antes, dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de Direito Público. Nestes encontram-se duas orientações com tal caráter: a) a relativa à prescrição em casos inversos, isto é, prescrição de ações do administrado contra o Poder Público. (...); b) a concernente ao prazo de prescrição para o Poder Público cobrar débitos tributários ou decadencial para constituir o crédito tributário.

Menciona o art. 1º do Decreto 20.910, que previu o prazo prescricional de cinco anos quando o sujeito passivo da relação jurídica for a fazenda pública. E apresenta também diversas normas regendo questões assemelhadas à examinada, em que a administração é o sujeito ativo da relação.

Observa, portanto, que há uma uniformidade no prazo quinquenal de decadência ou prescrição nas relações com a administração, seja no polo passivo ou no ativo. E conclui não haver razão para que, no caso concreto examinado, não se aplique a mesma regra, integrando a lacuna não regulada.

Sendo assim, conclui que a tomada de contas especial está sujeita ao prazo decadencial de cinco anos “desde quando exigível, limite temporal para que irregularidade nas contas gere presunção de prejuízo ao erário e importe na imputação do débito e multa ao responsável”.

Note-se, portanto, que a conclusão a que chegou o STJ diverge do posicionamento adotado recentemente pelo TCU, no Acórdão 1.441/2016-Plenário, estudado. Tal divergência é importante e será objeto de análise do item 4.3.

Além disso, é bastante relevante destacar a expressão “desde quando exigível” negritada no parágrafo anterior. A data de origem a partir da qual passa a contar a prescrição também foi amplamente debatida na decisão do TCU, e, na

prática, tende a se mostrar mais complexa do que a simples menção a ela conferida no voto desse Resp.

Na sequência serão relacionadas as principais decisões colhidas durante este trabalho, que ajudam a elucidar a posição jurisprudencial vigente no âmbito do judiciário.

3.3 A divergência jurisprudencial e seus efeitos:

Vistas as ponderações do Tribunal de Contas da União e dos tribunais do judiciário, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, acerca da prescrição da pretensão punitiva da administração em casos de lacunas normativas, passa-se a avaliar os entendimentos formatados e debater os efeitos desses entendimentos e das divergências verificadas.

A princípio, cumpre registrar a discordância em relação à conclusão do TCU – a da aplicação isolada do art. 205 do Código Civil à lacuna de direito público. Como bem apontado pelo Ministro Raimundo Carreiro (vencido), o art. 206 do Código Civil trata de prescrição relativa a direitos de natureza econômica.

Ao hermeneuta não cabe apenas sacar artigo literal de determinada norma para aplicá-la à lacuna de outra, sem reconhecer os pressupostos de cada norma, os fins a que se destina; a matéria tratada no capítulo, sessão e título em que está inserido no normativo de suporte. Enfim, não se trata de mero encaixe formal.

Lembrando o voto do Ministro Carreiro: “A boa hermenêutica não autoriza a leitura isolada de um comando normativo, pois, retirado de seu contexto, admitiria qualquer conclusão, ainda que distante dos seus limites.”

Todo o plexo de normas de direito administrativo apresentado fixa o prazo prescricional em cinco anos. É muito razoável intuir, como o fez o Ministro Benjamin Zymler, em seu voto supramencionado, que não haveria razões para o legislador fixar prazo distinto, caso houvesse se ocupado do tema na Lei 8.666/1993.

O art. 205, utilizado como base para a tese encampada pelo TCU, dispõe que “a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. E na sequência, o art. 206, especifica o prazo prescricional para as seguintes hipóteses:

Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuidade do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

III - a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários;

IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembleia que aprovar o laudo;

V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade.

§ 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

§ 3º Em três anos:

I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;

II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;

III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil;

VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;

VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:

a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;

b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembleia geral que dela deva tomar conhecimento;

c) para os liquidantes, da primeira assembleia semestral posterior à violação;

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

§ 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

§ 5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato;

III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

Daí é possível extrair algumas características importantes:

- a) o artigo trata da prescrição das ações por perdas econômicas. Demais frisado que à luz da Constituição vigente, as ações que buscam o ressarcimento de danos ao erário são imprescritíveis e a lei não fez qualquer ressalva nesse aspecto. É claro, pois, que a lei não estava a tratar de relações envolvendo a Administração Pública; e
- b) como não estava a tratar de Administração Pública, sequer fez menção à prescrição das sanções administrativas.

Ademais, os arts. 191 a 193 do Código Civil, contidos na Seção I – Disposições Gerais, do Capítulo I - Da Prescrição, a serem observados na aplicação dos subsequentes arts. 205 e 206, assim dispõem:

Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

Art. 192. Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes.

Art. 193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

Note-se que o art. 191 não tem lugar nas relações em cujo um dos polos está a Administração Pública, porquanto a renúncia à prescrição é incompatível com os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. Pelo mesmo motivo não é dado ao administrador transigir sobre o prazo prescricional, de modo que a regra inserta no art. 192 é inservível para a regulação da prescrição das sanções administrativas.

Em arremate, o art. 193 diz que a prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição. E é sabido que na Administração Pública, a prescrição deve ser reconhecida de ofício. Vê-se, pois, que o espírito da lei, ou *mens legis* de Ihering, do

art. 205 certamente não foi disciplinar o prazo prescricional para as punições da administração.

Não se pode dizer que a utilização do referido dispositivo atende à interpretação literal, a menos que se a considere hermética. É dizer, apenas a extração do artigo de todo o seu contexto, e a sua leitura isolada e hermética permite concluir por sua aplicação ao que se pretende.

Por outro ângulo, mesmo aplicando o art. 205, o que se adverte, não é a posição defendida nesse trabalho, é importante observar que quando o artigo diz que **será de dez anos o prazo prescricional quando a Lei não lhe houver fixado outro menor**, fornece ao intérprete o seu sentido, que é o de primazia da lei mais benéfica aos sujeitos passivos, porquanto prazo maior não seria possível. Ou seja, ele fixa o teto, e respeita as condições mais favoráveis.

Partindo desse dispositivo e constatando-se que em todo o microsistema de direito público, frise-se, em mais de dez leis diferentes, há uma uniformidade pelo prazo prescricional de cinco anos, apenas interpretação gramatical limitada pode tender pelos dez anos. Ainda mais quando se está em jogo os direitos fundamentais da segurança jurídica e da ampla defesa, como *in casu*.

Assim, ante lacuna normativa, em que a tese mais robusta é a que milita pelo prazo prescricional de cinco anos, que coincidentemente é a que melhor respeita os direitos fundamentais do cidadão, não se mostra razoável trilhar pelo prazo de dez anos do código civil.

Não se está, frise-se, a reduzir ou menosprezar a interpretação literal, como se pode desavisadamente pensar. Para tanto, vale transcrever trecho de artigo escrito por FERNANDES, sob o título Paradoxo da Interpretação Literal (2016, *online*):

Se o método literal é proeminente, como pode ter uma importância secundária? Quem afirma seu caráter secundário não nega a necessidade de que toda interpretação jurídica se assente nos textos normativos vigentes. Também considera que o intérprete não pode, a pretexto de interpretar, produzir novos textos. Nega, sim, que as normas se extraem apenas da literalidade. Tem razão Friedrich Müller quando compara o Direito a um iceberg, em que só a ponta não está embaixo das águas do mar. As normas extraídas da literalidade são apenas a ponta do iceberg, todas as demais estão “implícitas”.

[...]

Dou um exemplo. É bastante comum na teoria do direito considerar-se a analogia um método de “integração do direito”. Muitos explicam-na como se fosse uma atividade de criação de normas pelo intérprete; este, como um editor normativo, estabeleceria, pela analogia, uma nova norma. Em que pese essa explicação ser bastante corrente, ela é equivocada. Intérprete não cria normas, descobre as normas existentes. A atividade, insisto, é cognitiva e não volitiva. O que ocorre é que o Direito não é formado apenas pelas normas que se extraem da literalidade. Invoco o famoso exemplo do jusfilósofo mexicano Recaséns Siches: suponha-se um texto normativo que estabeleça a proibição de ingressar com cães numa estação ferroviária. Indaga Siches: é possível ingressar com ursos? Não! Percebe-se: não é o intérprete que cria a norma proibitória. Ao interpretar a regra que estabelece a proibição de ingressar com cães, infere-se a proibição de ingressar com ursos. Percebe-se, na regra, a intenção de proteger a incolumidade física dos demais; constata-se que ursos geram maior risco ao bem protegido do que os cães; descobre-se, então, a norma implícita, proibitória da entrada de ursos. Aprofundando-se a análise dos textos normativos, certamente constatar-se-á também a norma implícita autorizadora da entrada de cães-guia, acompanhantes de cegos. Insisto: a maioria esmagadora das normas jurídicas não está na literalidade.

No mesmo sentido, FERNANDES cita Giambattista Vico, catedrático de Nápoles: “quem só atende a letra da lei, não merece o nome de jurisconsulto” (2016, *online*).

Entende-se assim que o prazo prescricional aplicável às sanções administrativas deve orientar-se pela jurisprudência do STJ e demais tribunais do judiciário, e pelos votos vencidos no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário. Andou mal o TCU, ao buscar no código civil a colmatação da lacuna do direito administrativo.

Cumpra apenas adicionar alguns argumentos não localizados nas teses apresentadas. No sistema romano-germânico do *civil-law* a Lei constitui a principal fonte do direito, porém não é a única. Costume, doutrina, jurisprudência, analogia, princípios gerais de direito e equidade também são fontes, ajudando a dar validade às leis. Assim, a par das regras de integração, que pode se dar pela analogia, costumes e princípios gerais do direito (art. 4º da LINDB), a própria densidade normativa da Lei pode ser buscada nas demais fontes.

Conforme VENOSA, o pretense positivismo cego, de aplicação literal da lei já foi sepultado. A literalidade é o ponto de partida, mas a interpretação deve expandir-se, passando por uma série de raciocínios, nos quais não se pode afastar a importância das demais fontes. O próprio adágio que estatui que a lei clara não exige interpretação é uma falácia, já que toda lei exige reflexão até mesmo para concluir que o seu texto é claro (2010, p. 115).

Nesse sentido, por influência das demais leis do sistema de direito público e da jurisprudência que as aplica por analogia aos casos omissos, arrisca-se em que se tenha formado um costume prático de aplicar o prazo prescricional de cinco anos às pretensões punitivas nessa seara (prática reiterada + consciência de que a prática é correta). Costume *praeter legem*, aquele que se forma na lacuna legal.

Na mesma linha, doutrina e jurisprudência majoritárias trazidas neste trabalho apontam para o prazo prescricional de cinco anos, sendo importante reconhecê-las enquanto fontes.

A equidade revela a necessidade de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Nesse sentido, não é consentâneo a tal princípio aplicar o prazo prescricional de cinco anos às práticas administrativas em que a respectiva lei de regência tenha disciplinado o prazo; e deliberadamente dobrar o prazo de prescrição para os casos em que a lei tenha sido omissa. Não existe a desigualdade que justifique o tratamento desigual propalado.

Impossível deixar de mencionar que num Estado de Direito privilegia-se os princípios gerais de direito da liberdade, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da segurança jurídica. Todos esses princípios são mais bem respeitados a partir da adoção do prazo quinquenal.

3.3.1 Efeitos práticos da divergência jurisprudencial:

Para a correta dimensão do problema, é necessário analisar a questão da perspectiva do gestor do órgão contratante, cujo contrato é regido pela Lei 8.666/1993. Frente à necessidade de sancionar a empresa por falha contratual em contexto no qual a prescrição se apresente como questão relevante (data de origem: seis anos atrás, por exemplo), o gestor terá que adotar uma posição.

Considerando que o entendimento majoritário do STJ, que é a corte responsável por decidir em definitivo as causas civis e criminais, é o da prescrição quinquenal, e considerando ainda o direito constitucional da empresa da inafastabilidade da jurisdição, seria esperada a utilização do prazo quinquenal. Assim, considerar-se-ia prescrita a sanção.

Pois bem, se no ano seguinte ao que o gestor decidiu por não aplicar a sanção por considerá-la prescrita (há sete anos, portanto, da data de origem), o contrato estiver sob exame do TCU em eventual Tomada de Contas Especial, não só a empresa poderá ser responsabilizada como também o gestor, nesse caso por omissão, em virtude de o TCU entender que o prazo de prescrição é de dez anos.

O prognóstico para a situação revela que os gestores tenderão a utilizar, por cautela, o prazo prescricional previsto na jurisprudência do TCU, a fim de se libertar de possível responsabilização por omissão na fiscalização do contrato. E as empresas, sabedoras da posição do STJ, enxovalharão os tribunais do judiciário a fim de desconstituir as sanções.

Haverá custos administrativos, altos, registre-se, com os processos de sanções, que posteriormente serão afastadas pelo judiciário. O erário gastará duas vezes – uma com os procedimentos administrativos do sancionamento; e outra com a ação judicial gerada a partir da sanção. Sem qualquer benefício imediato.

Além e mais grave até do que isso, são os efeitos no interesse do investidor privado em contratar com a Administração Pública. A Lei 8.666/1993, a título de proteger o interesse público, que no mais das vezes é confundido com o interesse da administração, é repleta de regras de império ou potestades. Assim, pode a administração alterar unilateralmente o contrato até certo limite, atrasar o pagamento até noventa dias sem que o contratado tenha o direito de interromper a execução do contrato, aplicar sanções diretamente, rescindir unilateralmente.

A administração já está num patamar de desigualdade excessivamente grande em relação ao particular contratado. Conquanto se defenda que essa diferenciação é necessária para resguardo do interesse público, a constatação é a de que ela acaba afastando empresas sérias e comprometidas dos certames públicos, porque estas não querem estar subjugadas aos despautérios da administração; e muitas vezes é utilizada para esconder a ineficiência da Administração Pública.

Alargar esse quadro de diferença, por meio da aplicação de regras de prescrição duvidosas ou maiores do que as previstas em outros normativos desse ramo do direito terá por efeito o agravamento da situação.

3.3.2 A data de origem:

Em que pese a decisão tomada pelo TCU quanto ao prazo prescricional tenha sido equivocada, nos termos já demonstrados, a corte efetivamente debruçou-se sobre a data de origem a ser considerada para a prescrição.

Infelizmente saiu vencedora a tese da aplicação do art. 205 do Código Civil. Ao menos, por uma questão de coerência com o critério adotado - importação da norma civilista – o pleno da corte de contas decidiu por aplicar à data de origem o critério *actio nata*, a data do ato que violou o direito, cf. art. 189 do Código Civil.

Mas é verdade que dentre os votos dos ministros, houve posições menos seguras, como a que condicionava o início da contagem do prazo prescricional à apresentação da prestação de contas. Isso porque na sistemática da prestação de contas, a combinação do prazo prescricional de cinco anos a contar do ato faltoso pode até inviabilizar a atuação do TCU em vários processos.

Em geral, as Tomadas de Contas Especiais, quando chegam ao TCU, já passaram por longo processo de apuração no controle interno dos órgãos, e, muitas vezes, adentram ao tribunal já há mais de cinco anos do ato. Nesse sentido, alguns ministros foram sensíveis a essa condição e vislumbraram outras hipóteses de data de origem que não fulminassem o processo de controle externo.

Porém, a maioria dos ministros, por entender que a contagem do prazo a partir da data do ato era mais segura e simples de ser avaliada, reputou adequado que este fosse o momento de início. De fato, o impacto na efetividade dos processos do TCU foi menor porque o prazo adotado foi o de dez anos e não o de cinco, como se defende.

Note-se que nas diversas normas de direito público consideradas como parâmetro para a adoção do prazo quinquenal não há uniformidade quanto à data de origem.

- a) Decreto 20.910/1932: conta-se do ato ou fato do qual se originarem;
- b) Lei 9.873/1999: conta-se da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado;

- c) Lei 8.429/1992: i) até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; ii) dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego; iii) até cinco anos da data da apresentação à Administração Pública da prestação de contas final.
- d) Lei 8.112/1990: conta-se da data em que o fato se tornou conhecido.
- e) Lei 12.846/2013: conta-se da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

A avaliação de todas as possibilidades de cômputo da data de origem, frente ao universo de irregularidades sancionáveis pela Lei 8.666/1993 mereceria estudo específico sobre a questão.

Parecem razoáveis duas possibilidades: a) data do ato ou cessação dos atos, se forem permanentes, para aquelas constatações facilmente observadas na fruição do contrato, em que o gestor não teria de aguardar pela sua finalização para a detecção da irregularidade; ou b) data em que a administração toma conhecimento da irregularidade, o qual poderia se dar no momento do recebimento definitivo do objeto (art. 73 da Lei 8.666/1993).

Como dito, tal conclusão não é peremptória, haja vista que a “data de origem” não foi objeto do presente estudo. De todo modo, não se mostra razoável qualquer opção que coloque em dúvida o momento exato em que começará a correr o prazo prescricional, como os que dependam da combinação de atos administrativos, da realização de processos internos aos órgãos etc. Reitere-se, o mínimo de segurança requerida para as empresas e para os próprios gestores é reconhecer de maneira clara as regras a que estão adstritos.

3.3.3 *Eventos não abrangidos pela prescrição das sanções da Lei 8.666/1993:*

Visto que o prazo prescricional fixado pela jurisprudência do TCU é de dez anos a contar do ato violador do direito, é necessário atentar para uma das sanções

previstas em sua Lei Orgânica, que se cumula com a do art. 87, IV, da Lei 8.666/1993 – Declaração de Inidoneidade.

No art. 46 da Lei 8.443/ 1992 há previsão da possibilidade de aplicação, por parte do TCU, da sanção de declaração de inidoneidade à licitante, caso se constate fraude à licitação:

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

JUSTEN FILHO considera que referido art. 46 da Lei 8.443/1993 foi revogado pela Lei 8.666 (art. 87, IV), eis que, em suas palavras, “um único fato ilícito não pode ser subordinado a competências punitivas idênticas, reservadas a autoridades diversas” (2016, p. 1361-1363).

Contudo, no AgRG na Pet. 3.606, o STF declarou:

o poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8.443, de 1992), não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações (art. 87) (...)

Em decisão mais recente, o STF reafirmou a validade dos dois dispositivos, argumentando dentre outros, que eles possuem âmbitos de incidência distintos (MS 30.788/MG).

Em arremate, JUSTEN FILHO sustenta que no mínimo se requer interpretação restritiva ao art. 46, da Lei 8.443, de 1992, para que ela abranja apenas as fraudes comprovadas à licitação. Nesse sentido, não se poderia aplicar essa sanção a fatos alheios a etapa licitatória (2016, p. 1361-1363).

A questão tornou-se relevante com a edição da Lei 12.836/2013 – Lei de Combate à Corrupção, que no seu art. 17 previu:

Art. 17. A/ Administração Pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

Nos termos do dispositivo, ao firmar o acordo de leniência a empresa fica imune às sanções dos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993. Porém, caso o Tribunal de Contas da União, em atuação fiscalizatória enquadre determinada prática no art. 46 da Lei. 8.443, de 1992, poderá, sem qualquer constrangimento declarar a inidoneidade da empresa, inobstante a possibilidade de declaração de inidoneidade com base no art. 87, IV da Lei 8.666/1993 tenha sido afastada pelo acordo de leniência.

Por analogia, portanto, mesmo que o judiciário tenha afastado sanção declaração de inidoneidade do art. 87, IV da Lei 8.666/1993, considerando o prazo de prescrição de cinco anos, poderá o TCU, caso a situação seja capitulada no art. 46 da Lei 8.443/1992, aplicar a referida sanção.

CONCLUSÕES

A omissão legislativa na fixação do prazo de prescrição das sanções da Lei 8.666/1993 é motivo de preocupação para os administradores e contratantes públicos, e reduz a credibilidade das contratações públicas, afastando bons competidores de licitações públicas.

No presente trabalho, verificou-se que a jurisprudência não tem conseguido apaziguar a situação por meio de uniformização de entendimento. As duas cortes de maior relevância na matéria, o TCU e o STJ, possuem posições dissonantes, o que agrava o cenário de insegurança.

Na ordem constitucional vigente, a prescrição é a regra, sendo a imprescritibilidade a exceção. Após realizar ampla pesquisa doutrinária, constatou-se que a maior parte dos autores postula que ante a existência da lacuna quanto ao prazo de prescrição em norma de direito administrativo, deve-se buscar integrá-la com norma correlacionada desse mesmo ramo jurídico.

O prazo prescricional de cinco anos apresenta-se como uma constante nas normas de direito público. Nesse sentido, tanto a doutrina, quanto à jurisprudência majoritária do judiciário tem se manifestado pela analogia e pelo prazo de cinco anos.

Todavia, no recente Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, a corte de contas manifestou-se pela aplicação do prazo prescricional de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil.

Compreende-se que tal posição, partindo de interpretação literal incompleta do Código Civil, não é a mais correta. O dispositivo invocado está inserto nas regras que tratam de prescrição relativa a danos de natureza patrimonial. Em nada tem a ver com sanções administrativas. A solução que melhor se afigura ao caso, de acordo com o entendimento firmado neste trabalho, é pela analogia com normas de direito público, que em sua grande maioria, conforme demonstrado, prevê o prazo quinquenal para a prescrição.

Não obstante, o que existe de mais grave nessa situação é a manutenção da divergência. A incerteza em relação ao prazo prescricional traz enormes prejuízos à Administração Pública.

Lei omissa e jurisprudência dissonante constituem combinação ideal para a insegurança jurídica. Nesse cenário, a administração desperdiça recursos com retrabalhos em processos de sanção autuados e posteriormente desconstituídos por diferenças de entendimento quanto à prescrição. Mas sobretudo perde na qualidade das contratações – bons servidores afastam-se das áreas de licitação e fiscalização de contratos, por terem receios do controle num ambiente de incerteza; e boas empresas esquivam-se de contratos administrativos pela falta de transparência nas regras a serem seguidas.

A solução depende do preenchimento da lacuna legislativa, seja pelo procedimento ordinário, seja por meio de Mandado de Injunção do STF. Alternativamente, existe a via da Súmula Vinculante do STF, que poderia orientar a correta interpretação do art. 37, §5º da Constituição Federal, autorizando o emprego da analogia com outras regras de direito administrativo, como forma de integração da lacuna normativa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **A prescrição no direito brasileiro antes e depois da Lei 9.873/99.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 4, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>

BINENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do Direito Administrativo: Um Inventário de Avanços e Retrocessos.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio, 2008.

BRASIL. **Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932.** Regula a prescrição quinquenal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 8 jan. 1932.

BRASIL. **Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 jul. 1992.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 22 ago. 1993.

BRASIL. **Decreto n. 1.094, de 23 de março de 1994.** Dispõe sobre o Sistema de Serviços Gerais (SISG) dos órgãos civis da Administração Federal direta, das autarquias federais e fundações públicas, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 24 mar. 1994.

BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 mar. 1999.

BRASIL. **Lei n. 9.873, de 23 de novembro de 1999.** Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 24 nov. 1999.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança - MS 32.201/DF,** Relator, Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança - MS 25116/DF,** Relator, Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança - MS 25.562/DF,** Relator, Ministro Ilmar Galvão. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - Resp 1.480.350/RS**, Relator, Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - Resp 894.539/PI**, Relator, Ministro Herman Benjamin. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - Resp 1.105.442/RJ**, Relator, Ministro Mauro Campbell Marques. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - Resp 1.057.754 /SP**, Relator, Ministro Luiz Fux. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Embargos em Recurso Especial - EResp 961.064/CE**, Relator, Ministro Castro Meira. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Embargos em Recurso Especial - EResp 961.064/CE**, Relator, Ministro Castro Meira. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial - Resp 751.832/SC**, Relator, Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.441/2016 – Plenário**, Relator, Ministro Benjamin Zymler. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 10/10/2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação – APL 40003753220128260609/SP**, Relator, Ministro Coimbra Schmidt. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 10/10/2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 1997.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração**. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

CHIOVENDA, 2000. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.1. Campinas: Bookseller, 1998.

CRETELLA JUNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados**. São Paulo: Dialética, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Ricardo Marcondes. **Paradoxo da Interpretação Literal**. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/paradoxo-da-interpretacao-litera>. Acesso em 27/10/2016.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOTTA, Carlos Coelho Pinto. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 12. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

NASSAR, Elody. **Prescrição na Administração Pública**. 1. Ed. 2006, São Paulo: Saraiva, 2006.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOMBRA, Thiago Luis Santos e SUNDFELD, Carlos Ari. **Ressarcimento integral do dano e prescrição nas ações de improbidade**. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-19/ressarcimento-integral-dano-prescricao-acoes-improbidade>. Acesso em 21/10/2016.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Licitações Públicas – Homenagem ao Jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes**. Curitiba: Negócios Públicos, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 56 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. **Direito Civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.